

Toezicht en aansprakelijkheid

Toezicht en aansprakelijkheid

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de
rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit
onrechtmatige daad van toezichthouders ten
opzichte van derden

PROF. MR. I. GIESEN

Hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Utrecht

Kluwer – Deventer – 2005

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 90-13-02323-1

NUR 822-208

© 2005 Ivo Giesen, Amsterdam/Utrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden zonder voorafgaande toestemming van de uitgever verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 j^o het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

Woord vooraf

Onderzoek doen naar en schrijven over toezicht en de aansprakelijkheid van toezicht-houders is tegelijkertijd geweldig leuk en geweldig lastig. Dat geldt uiteraard voor meer onderwerpen, maar voor wat betreft toezicht ligt dat aan het feit dat dit thema al enige tijd sterk in de belangstelling staat en nog steeds zeer actueel is, hetgeen het onderzoek erg spannend maakt. Tegelijkertijd is het thema immens breed en veelzijdig zodat elke inperking als een verlies voelt, terwijl inperking op zichzelf hard nodig is. Dat afbakingsprobleem heeft mij tot het einde toe bezig gehouden; ik hoop dat ik uiteindelijk de juiste balans gevonden heb.

Dit boek is voor het grootste deel geschreven tussen januari 2002 en juli 2004, toen ik verbonden was aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht (CvA) van de Universiteit van Tilburg (UvT). Ik ben het CvA en de UvT zeer veel dank verschuldigd voor de hulp bij het verkrijgen van de Persoongerichte Postdoc Subsidie (PPS) waarmee het allemaal begon, voor de onderzoeksmogelijkheden en de ontplooiingskansen die mij vervolgens geboden zijn, en vooral voor het creëren van een cultuur waarin ‘onderzoek doen’ echt tot zijn recht kan komen. Het onderzoek en het boek werd uiteindelijk in de zomer en herfst van 2004 afgerond aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht. De vrijheid die ik daar kreeg na mijn overstap om het boek af te ronden, was weldadig.

Ik ben NWO, meer specifiek MaGW, zeer erkentelijk voor de aan mij toegekende (toen nog) PPS-subsidie die ik gedurende de jaren 2002 en 2003 mocht ontvangen om onderzoek te doen naar ‘Aansprakelijkheid & Toezicht’ zoals het project toen nog heette. Dat het onderzoek niet eind 2003, begin 2004 af was, zoals beloofd, zal men mij hopelijk niet al te kwalijk nemen. Het heeft in elk geval niet aan hen gelegen. De toegekende subsidie maakte dat ik twee vervolgstappen in mijn loopbaan kon zetten die tot meer, niet direct aan onderzoek gerelateerd (bestuurs)werk geleid hebben, en dat vertraagde vervolgens het gesubsidieerde onderzoek. Dat lijkt de tragiek en paradox van de onderzoekssubsidie te zijn.¹

Boeken komen zelden tot stand zonder hulp van anderen, en dat geldt zeker voor dit boek. Ik wil dan ook van de gelegenheid gebruik maken om niet alleen het CvA te prijzen en bedanken maar ook om mijn dank uit te spreken ten opzichte van al

¹ Vgl. over het belang van dit soort subsidies de behartenswaardige opmerkingen van A.F.Th. van der Heijden, *Engelenplaque. Notities van alledag*, De Arbeiderspers, Amsterdam 2003, nr. 68, p. 127-128, over werkbeurzen van het Fonds der Letteren (‘een noodzakelijke bescherming tegen de dreigende en tijdsverslindende broodschrijverij (...) die je steeds meer krijgt opgedrongen.’).

die personen die bijgedragen hebben, op welke wijze dan ook, aan de totstandkoming van dit boek. Naast mijn bijna vaste club van ‘meelezers’, bestaande uit Maurits Barendrecht, Willem van Boom, Matthias Borgers, Marco Loos, Albert Verheij en Jan Vranken, gaat mijn dank ook uit naar Aukje van Hoek, Chris Jansen, Jeroen Kortmann, René Klomp, François Kristen, Maaïke van Laarhoven, Maaïke Stouten, Lonneke Stevens, Ianika Tzankova, de overige leden van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht en de collega’s van het Molengraaff Instituut voor hun bereidheid bepaalde stukken te lezen of over het onderwerp te discussiëren tijdens lunch- of refereerbijeenkomsten. Een speciaal woord van dank gaat nog uit naar Willem van Boom met wie ik mijn eerste schreden op het pad van toezicht mocht zetten (Van Boom/Giesen, NJB 2001). Onze ideeën van toen zullen hierna regelmatig weerklinken. Uiteraard zijn alle missers, blunders en flaters geheel en al aan mij te wijten. Blijkbaar zag ik er op die punten, ten onrechte, geen been in om een ongetwijfeld wel verstrekt en andersluidend advies op te volgen.

Literatuur en rechtspraak die voor 15 september 2004 verscheen, is waar nodig verwerkt. Met na die datum verschenen bronnen, kon slechts incidenteel rekening worden gehouden.

Amsterdam/Utrecht, 15 oktober 2004

Ivo Giesen

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK I – INLEIDING	1
1	1
1.1	1
1.2	3
1.3	4
1.4	5
2	6
2.1	6
2.2	7
2.3	8
2.4	8
2.5	9
2.6	10
2.7	10
2.8	11
2.9	11
2.10	11
2.11	12
2.12	12
2.13	13
3	13
3.1	13
3.2	14
4	17
HOOFDSTUK II – TOEZICHT: UITGANGSPUNTEN EN ACHTERGRONDEN	19
1	19
2	20
2.1	20
2.2	20
2.3	24

2.4	De bij toezicht te ontwaren relaties tussen betrokkenen	26
2.5	Wie is toezichthouder?	28
3	Een schets van de mogelijke doelen van toezicht	31
4	Een schets van de mogelijke ratio van toezicht	33
5	Conclusie	35
HOOFDSTUK III – AFGELEIDE VERANTWOORDELIJKHEID		37
1	Inleiding	37
2	Wat is afgeleide aansprakelijkheid?	37
3	Gevolgen voor de beoordeling van de aansprakelijkheid?	40
3.1	Geen uitsluiting van aansprakelijkheid	40
3.2	Geen uitsluiting, maar wel beperking van aansprakelijkheid?	41
3.2.1	Inleiding	41
3.2.2	De positie van de overheid bij rampen: subsidiariteit?	42
3.2.3	Andere secundaire daders	44
4	Conclusie	45
HOOFDSTUK IV – AANSPRAKELIJKHEID WEGENS NALATEN		47
1	Inleiding: nalaten, aansprakelijkheid en toezicht	47
2	Een globale omschrijving van aansprakelijkheid wegens nalaten	49
3	Aansprakelijkheid wegens nalaten veronderstelt een plicht tot handelen	51
3.1	Inleiding	51
3.2	De ‘duty of care’ in Engeland bij ‘omissions’	52
3.3	De ‘affirmative duty’ in de Verenigde Staten van Amerika	56
3.4	Tussendoor: diverse soorten ‘faute’ in Frankrijk	60
3.5	Tussendoor (2): rechtsplichten in Duitsland	62
3.6	De aansprakelijkheid wegens nalaten in Nederland	63
3.7	De argumenten voor en tegen aansprakelijkheid	66
3.8	Toegift (1): het Europese privaatrecht	70
3.9	Toegift (2): het EVRM	71
4	Conclusie: nalaten dient niet anders behandeld te worden	73
5	Afronding en een korte vooruitblik	74
HOOFDSTUK V – DE INVLOED VAN HET BESTUURSRECHT EN DE POSITIE VAN DE OVERHEID		77
1	Inleiding	77
2	Regels van algemeen bestuursrecht over toezicht	78
3	Invloed op de aansprakelijkheid van de toezichthouder: formele rechtskracht	79

3.1	Inleiding	79
3.2	Formele rechtskracht en toezicht	79
3.3	Formele rechtskracht in Enschede	83
3.4	Conclusie	84
4	Invloed op de aansprakelijkheid van de toezichthouder: beleidsvrijheid	86
4.1	Inleiding	86
4.2	Beleidsvrijheid	86
4.3	Beleidsvrijheid bij toezicht	89
5	Een apart leerstuk over aansprakelijkheid wegens overheidstoezicht?	90
5.1	Algemene conclusies	90
5.2	Geen apart leerstuk 'toezicht, aansprakelijkheid en overheid'	91
HOOFDSTUK VI – SAMENHANG TUSSEN RECHTSVERHOUDINGEN		93
1	Inleiding	93
2	Doorwerking van samenhang tussen rechtsverhoudingen	94
2.1	The Nicholas H	94
2.2	De doorwerking van de samenhang tussen onderliggende contractuele verhoudingen	95
2.3	Beoordeling ten aanzien van die doorwerking	96
3	Conclusie	97
HOOFDSTUK VII – DE GRONDSLAG EN DE ZORGVULDIGHEIDSNORM		99
1	Inleiding	99
2	De grondslag	99
2.1	In Nederland	99
2.2	En elders ...	102
2.2.1	Frankrijk	102
2.2.2	Duitsland	105
3	De zorgvuldigheidnorm: de redelijk handelende toezichthouder	106
3.1	De redelijk handelende toezichthouder	106
3.2	Kritische geluiden over die norm	108
4	Conclusie	112
HOOFDSTUK VIII – DE INVULLING VAN DE ZORGVULDIGHEIDSNORM		113
1	Inleiding	113
2	De invulling van de zorgvuldigheidnorm	113
2.1	Inleiding	113
2.2	Concretere invulling	114
2.2.1	Wettelijke taken en bevoegdheden en het doel van toezicht	114
2.2.2	Kelderluik-factoren	115
2.2.3	Algemeen of concreet toezichtsfalen en handhavingsplichten	116

2.3	De invulling van de norm in een aantal (letselschade)gevallen uit de rechtspraak	119
2.3.1	Inleiding	119
2.3.2	Scholen	120
2.3.3	Sportverenigingen	121
2.3.4	Psychiatrische instellingen en therapeuten	123
2.3.5	De omgeving van gebouwen, paden en wegen	125
2.3.6	Recreatie	127
2.3.7	Nutsbedrijven en waterschappen?	128
2.3.8	Politie	130
2.3.9	Gevangenis en TBS-klinieken	131
2.3.10	De financiële toezichthouders	133
2.4	Conclusies uit en naar aanleiding van deze rechtspraak	135
2.4.1	Bestaat 'de' toezichthouder wel als het om letselschade gaat?	135
2.4.2	Een strenge norm voor concreet toezichtsfalen	135
2.4.3	Voorzienbaarheid is bepalend	136
2.4.4	Rekening houden met 'fouten' van anderen	138
2.4.5	Een heel gewone vorm van aansprakelijkheid dus	138
3	Het toezichthouderdilemma	140
3.1	Wat is een toezichthouderdilemma?	140
3.2	Invloed op de aansprakelijkheidsvraag?	141
4	Conclusie	142
HOOFDSTUK IX – DE ARGUMENTEN VOOR EN TEGEN AANSPRAKELIJKHEID		143
1	Inleiding	143
2	De argumenten voor en tegen aansprakelijkheid	143
2.1	Noodzaak van een stevig fundament: over openstaande sluisen en andere aansprakelijkheidsangsten	143
2.2	Preventie	146
2.3	Vertrouwen	149
2.4	Ratio van toezicht	150
2.5	Redenen voor terughoudendheid	151
2.6	Inbreuk op 'de vrije wil'	153
2.7	'Floodgates': wie zal het zeggen ...	154
2.8	'Defensive conduct': ook onduidelijk	156
2.9	Compensatie	157
2.10	Spreiding van schade en kosten van aansprakelijkheid	158
2.11	En hoe zit het dan met beleidsvrijheid?	160
2.12	Meta-toezicht en 'accountability'	162
2.13	Verskil in waardering van de argumenten	163
3	De voorlopige balans	164
3.1	De argumenten bij elkaar genomen	164

3.2	Geldt dit ten aanzien van elke voorwaarde voor aansprakelijkheid?	165
HOOFDSTUK X – RELATIVITEIT, CAUSAAL VERBAND EN EIGEN SCHULD		167
1	Inleiding	167
2	Relativiteit	168
3	Causaal verband	171
3.1	Inleiding	171
3.2	Causaliteit van het nalaten en condicio sine qua non	172
3.3	Proportionele aansprakelijkheid	174
3.4	Toerekening op basis van art. 6:98 BW	175
4	Eigen schuld	176
4.1	Een ‘klapgijp’ tijdens een zeilcursus	176
4.2	Een bewust gekozen val in een trapgat	176
4.3	Eigen schuld en toezicht: een moeilijk te omzeilen contradictie	177
4.4	Eigen schuld en toezicht: een keuze ten principale	180
5	Conclusie	180
HOOFDSTUK XI – VRIJWARINGEN, IMMUNITEITEN EN ANDERE UITSLUITINGEN		181
1	Inleiding	181
2	Vrijwaring van aansprakelijkheid	181
2.1	Vrijwaringen in Nederland	181
2.2	Ratio voor de vrijwaring: ‘floodgates’ en spreiding	183
2.3	Geen immuniteit gekozen	184
2.4	Ruimere toepassing van de vrijwaring?	185
2.5	Invloed op de aansprakelijkheid van toezichhouders?	186
3	Immuniteiten ten aanzien van financieel toezicht elders	188
3.1	Immuniteit in Engeland	188
3.2	Argumenten voor en tegen de Engelse regeling	190
3.3	Frankrijk	192
3.4	Duitsland	193
3.5	De Verenigde Staten van Amerika	194
3.6	Europese garanties voor ‘depositors’	194
4	Conclusie	195
HOOFDSTUK XII – DE INVLOED VAN HET PROCES- EN BEWIJSRECHT		197
1	Inleiding	197
2	Processuele en buitenprocessuele informatie- en mededelingsplichten	198
3	Omgaan met een informatiekort: bewijslastverdeling en aanvullende stelplicht	201
3.1	Inleiding	201

3.2	Zorgvuldigheid	201
3.3	Causaal verband	204
3.3.1	Omkering van de bewijslast (art. 150 Rv)	204
3.3.2	Ratio van de ‘omkeringsregel’	206
3.3.3	De ‘omkeringsregel’ en toezichthouders	209
4	Afwikkeling van massaschade	211
4.1	Inleiding	211
4.2	Collectieve afwikkeling	212
5	Conclusie	213
HOOFDSTUK XIII – SLOTBESCHOUWING		215
1	Inleiding	215
2	Recapitulatie van de belangrijkste onderzoeksresultaten	215
3	Aansprakelijkheid van toezichthouders: welke vorm van aansprakelijkheid?	220
3.1	De vraag is of het systeem van het aansprakelijkheidsrecht voldoet	220
3.2	Vooraf nog: moet het aansprakelijkheidsrecht wel benut worden?	220
3.3	Het systeem van foutaansprakelijkheid (de redelijk handelend toezichthouder) voldoet	221
4	Tot slot: de aansprakelijkheid van toezichthouders in de nabije toekomst	224
LITERATUURLIJST		227
TREFWOORDENREGISTER		247

I | Inleiding

1 | Introductie

1.1 | *Belang van onderzoek naar aansprakelijkheid van toezichthouders*

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders is een thema dat in de afgelopen jaren in Nederland weinig pennen in beweging heeft gebracht, al wordt er wel meer en meer aandacht aan geschonken.¹ Het onderwerp is echter belangrijk genoeg, bijvoorbeeld omdat het aantal gevallen waarin er sprake is van een (impliciete) toezichtrelatie, van de creatie van nieuwe (of geconsolideerde) regelgeving inzake toezicht² of van de oprichting van een speciale instantie die toezicht op anderen moet uitoefenen, sterk toeneemt.³ De oprichting van bijvoorbeeld de Voedsel en Warenautoriteit (VWA),⁴ en iets minder recent onder andere de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), getuigen daarvan. Met die toename van het aantal toezichthouders, komt uiteraard

-
- 1 De uitzonderingen zijn Van Rossum 2001; Van Dam 2002; Van Dijk, NTBR 2003; Haan-Kamminga 2003; Schilder/Nuijts 2004 en Albers, NTB 2004. Volgens Huygen, NJB 2004, p. 174-175, geldt dit gebrek aan aandacht voor het hele terrein van toezicht en liberalisering. In het bestuursrecht is toezicht echter al langer een 'hot' item.
 - 2 Ik noem hier met name het wetsvoorstel inzake de Wet op het financieel toezicht (verder: Wft), die de eerdere toezichtwetgeving consolideert, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, en voor een introductie Van den Berg, Jonk & Moelker, Tijdschrift voor Effectenrecht 2003, p. 192 e.v., en Eisma/Schlingmann, NJB 2004, p. 550-551. Ik wijs ook nog op het hiermee verbonden wetsvoorstel voor een Wet financiële dienstverlening, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507. In de gezondheidszorg wil de Minister ook diverse toezichthouders gaan samenvoegen, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 324, nr. 3, en Mortelmans, NJB 2004, p. 1641, terwijl er ook voor consumentenzaken een toezichthouder gaat komen, zie *NRC Handelsblad* 21 juni 2004, p. 10, en Mortelmans, NJB 2004, p. 1642.
 - 3 Dat speelt ook elders, zie bijvoorbeeld de opmerking dienaangaande van Lord Keith in *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 709, alsmede Tison 2003, p. 2. Over de redenen voor het instellen van toezicht, zie Scheltema, TP 2000, p. 5 (privatisering wordt steeds populairder, privatisering kan niet zonder toezicht), doch tevens Quintyn/Taylor 2003, p. 264 alsmede Docters van Leeuwen 2003, p. 3: toezicht dient ertoe, althans moet overwogen worden, om diverse typen van marktfalen te corrigeren. In die zin ook Haan-Kamminga 2003, p. 118-119; Barendrecht, NJB 2003, p. 957; Schilder/Nuijts 2004, p. 95, en Docters van Leeuwen/Kockelkoren 2004, p. 46.
 - 4 Ingesteld in juli 2002, voortkomend uit de Keuringsdienst van Waren en de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees, zie *Innovatie-Kanskaart* 2003, p. 27, en Van der Meulen 2003, p. 38.

ook een toename van de hoeveelheid regelgeving⁵ en niet te vergeten van het aantal potentiële fouten dat bij de uitoefening van dat toezicht en de handhaving van die regelgeving gemaakt zou kunnen worden, zodat ook het aantal mogelijke aansprakelijkheidsstellingen zal toenemen.⁶

Dat toezicht in de hedendaagse maatschappij een belangrijke rol speelt, blijkt tevens uit de nasleep van de vuurwerkrap te Enschede en de cafébrand te Volendam, waarbij het aspect van onvoldoende toezicht (door allerlei overheden en overheidsinstanties) een belangrijke rol vervuld heeft.⁷ Datzelfde aspect is evenzeer van belang in de schandalen rond bijvoorbeeld Vie d'Or⁸ en nadien Enron en Ahold.⁹ Het functioneren van de diverse soorten toezichthouders is echter, in elk geval voorzover het hun civielrechtelijke aansprakelijkheid betreft, tot op heden nauwelijks nog voorwerp van onderzoek geweest.¹⁰

Toezicht wordt daarnaast in kwalitatief opzicht steeds belangrijker, omdat het in onze gecompliceerde maatschappij niet meer mogelijk is voor het individu, 'de consument', om zelf toezicht uit te oefenen op personen of organisaties die (mede) in zijn belang werken. Dat is een reden om het toezicht (dan maar) over te dragen of te laten aan een persoon of organisatie die daartoe wel in staat geacht wordt.¹¹ Dat aan dat verlies aan autonomie aan de zijde van de consument, ter compensatie,

5 Expliciet (en terecht) in die zin Tison 2003, p. 2.

6 Bij wijze van voorbeeld noem ik de procedure waarin de NMA (tevergeefs) aansprakelijk gesteld werd door een aantal fietsenfabrikanten in verband met een door de NMA verspreid persbericht over prijsafspraken, zie Rb. Den Haag 3-2-2004, NJ 2004, 356 (Accell Group/Staat). Ook (voorbarige) publicaties over opgelegde boetes (vgl. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 370, nr. 2, p. 3) zouden tot claims kunnen leiden. Tison 2003, p. 2, noemt als reden voor meer claims de toegenomen rechtsbescherming, de verhoogde emancipatie van de belegger en de wellicht te hoge verwachtingen over wat een toezichthouder kan doen om schade te voorkomen.

7 Voor een eerste inventarisatie van de mogelijke gevolgen daarvan in het kader van de aansprakelijkheidsvraag, zie Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1675 e.v. Zie inmiddels ook Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede).

8 Zie daarover al Wessels, IIR 1996, p. 126-127, en Giesen, AV&S 2002, en inmiddels natuurlijk ook Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or).

9 Er zijn meer van dit soort kwesties te noemen, zie bijv. Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), op p. 18. De *Enron*-affaire leidde ertoe dat nu ook de accountants onder toezicht gaan komen, zie nader daarover Schilder/Nuijts 2004, p. 54 e.v., en *Kamerstukken II 2003/04*, 29 658. Verder gaat de AFM toezicht uitoefenen op de jaarverslaggeving door beursgenoteerde ondernemingen, zie *NJB* 2004, p. 1394.

10 Zie echter de hiervoor al genoemde literatuur en Giesen 2003. Wellicht dat dat hiermee samenhangt dat claims wegens falend toezicht behoren tot de categorie van claims waarvan men zich het bestaan tot voor pakweg 50 jaar geleden eigenlijk niet kon voorstellen, vgl. Sugarman, 88 Cal. L. Rev. 2403 (2000), op p. 2408-2409, net zoals bijvoorbeeld claims tegen tabaksfabrikanten.

11 Zie Schilder/Nuijts 2004, p. 57 en 67. Inmiddels, het kan verkeren, lijkt het kabinet echter al weer af te willen stappen van het steeds maar weer in het leven roepen van nieuwe toezichtstructuren en toezichthouders. Toezicht dient, als alles, weer een verantwoordelijkheid van de burger te worden (vgl. ook *Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 13). De overheid houdt dan toezicht op het toezicht (meta-toezicht), zie het Kabinetstandpunt 'Rechtstaat en rechtsorde' (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 1, p. 4) en het Actieprogramma 'Andere overheid' (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 362, nr. 1, p. 35), waarin meteen een nieuwe visie op toezicht aangekondigd wordt (2005).

als consequentie wordt verbonden dat de toezichthouder de dreiging van aansprakelijkheid boven zijn hoofd heeft hangen, lijkt op het eerste gezicht zinvol. Men zou kunnen stellen dat het aansprakelijkheidsrecht langs die weg toezicht uitoefent op de toezichthouders (een vorm van ‘meta-toezicht’). Dat betekent echter tevens dat het aansprakelijkheidsrecht zijn functie op het onderhavige terrein naar behoren moet (kunnen) vervullen. Om te bepalen of dat het geval is, is de onderhavige studie opgezet en uitgevoerd.

Vanuit een meer wetenschappelijk perspectief is onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders van belang omdat dit onderzoek een aantal fundamentele vragen van aansprakelijkheidsrecht raakt. Ik noem bijvoorbeeld de (voorwaarden voor) aansprakelijkheid voor nalaten en de (voorwaarden voor en gevolgen van) aansprakelijkheid van zogenaamde ‘peripheral tortfeasors’. Daarmee doel ik op die ‘daders’ die, in elk geval puur causaal gezien, slechts een kleine bijdrage aan het ontstaan van de uiteindelijke schade leverden.¹² Het lijkt mogelijk om door middel van onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders ook een bijdrage te kunnen leveren aan de oplossing van deze meer algemene vraagstukken van aansprakelijkheidsrecht.

Omdat toezichthouders in veel gevallen ook als ‘dienstverlener’ zijn aan te merken, is de aansprakelijkheid van toezichthouders daarnaast nog van direct belang voor de meer algemene, en ook nog niet geheel ontgonnen kwestie van de aansprakelijkheid van dienstverleners, een thema dat in de huidige tijd waarin het aantal diensten nog steeds toeneemt, van groot gewicht is. Dat onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders ertoe noodzaakt om de traditionele grenzen tussen de vakgebieden privaatrecht en bestuursrecht (heel voorzichtig) te overschrijden, is ook van (wetenschappelijk en praktisch) belang omdat die ‘gebiedsoverschrijding’ immers kan bijdragen aan de interne consistentie van het recht.

1.2 Probleemstelling

In het licht van de vaststelling dat dit thema nog niet veelvuldig en uitvoerig onderzocht is, beoogt het onderzoek zoals dat zijn weerslag vindt in dit boek, een bijdrage te leveren aan de (verdere) ontwikkeling van (met name) het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht zoals dat ten aanzien van toezichthouders geldt of zou moeten gelden.¹³ De kernvraag daarbij is of de regels van het geldende aansprakelijkheidsrecht toereikend zijn om de aansprakelijkheid van toezichthouders op een adequate, juiste en rechtvaardige wijze te kunnen reguleren, en zo nee, waar zich dan de knelpunten bevinden en hoe deze opgelost zouden kunnen worden. Het gaat er daarbij

Dit betekent overigens niet dat de toezichthoudende taken minder worden, enkel anders. Dat maakt dan meteen dat het onderhavige onderzoek nog net zo relevant is als hiervoor betoogd.

12 Zie nader daarover § 2.3 hierna, en bijvoorbeeld Van Boom 1997.

13 Dat betekent meteen dat heel veel vragen over (vormen van en regels aangaande) toezicht en (de inrichting van, eisen aan en de verschillende functies van) toezichthouders, buiten beschouwing blijven. De aandacht is steeds gericht op de aansprakelijkheidsvragen, niet op ‘toezicht’ als zodanig.

dus uiteindelijk om te bepalen hoe het aansprakelijkheidsrecht in deze er idealiter uit zou moeten zien.

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, zal echter wel een ‘norm’ of ‘toetsingsmaatstaf’ opgesteld moeten worden waaraan ‘gemeten’ kan worden of het aansprakelijkheidsrecht adequaat en juist is. Dat gegeven roept dan weer een behoorlijk aantal specifieke vragen op die een boek op zich zouden vergen, maar dat zou een boek zijn dat ik hier niet wil schrijven. Ik volsta er dan ook mee om hierna (§ 3) slechts kort in te gaan op die mogelijke norm of maatstaf, zonder te trachten om vragen inzake ‘de’ methode van rechtswetenschappelijk onderzoek volledig te doorgronden.

1.3 Nadere afbakening vooraf: eigen aansprakelijkheid van de toezichthouder

Het onderhavige onderzoek laat noodgedwongen veel onberoerd. Het gaat in dit boek dan ook enkel en alleen om de *civielrechtelijke aansprakelijkheid* van toezichthouders. Toezicht is echter een fenomeen dat ook allerlei andere vragen oproept. Die vragen worden hier niet allemaal behandeld, simpelweg omdat dat het onderzoek te breed zou maken. Dat betekent dat bijvoorbeeld vragen over en in verband met toezicht als factor binnen en naast allerlei vormen van zelfregulering en private regelgeving niet aan bod kunnen komen.¹⁴ Toezicht als een specifiek en zelfstandig bestuursrechtelijk fenomeen wordt ook niet apart besproken. Los van een enkele opmerking in die richting, kan de bestuursrechtelijke zijde van toezicht alleen aan bod komen in directe relatie met vragen van civielrechtelijke aansprakelijkheid (hoofdstuk V). Ook de relatie tussen toezicht, toezichthouders en het (bestuurs)strafrecht, alsmede het Europese recht,¹⁵ laat ik onbesproken. De positie van toezicht binnen de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen, de ‘trias politica’ in het bijzonder, bespreek ik evenmin.¹⁶

Ik ga derhalve in dit onderzoek uit van het bestaan van toezicht en de aanwezigheid van toezichthouders; ik neem dat fenomeen als uitgangspunt van mijn beschouwingen, en bekijk vervolgens, gegeven het bestaan van toezicht,¹⁷ hoe de aansprake-

14 Zie nader daarover (de bijdragen in) Vranken/Giesen 2004, alsmede Vranken, WPNR 6560 (2004), p. 1 e.v., steeds met verdere verwijzingen, en verder *Kamerstukken II 2003/04*, 29 370, nr. 2, p. 2.

15 Om de materie hanteerbaar te houden, ga ik voorbij aan de eventuele aansprakelijkheid van de Staat in verband met de schending van Europees recht door toezichthouders of in relatie met toezicht. Zie nader daarover Tison 2003, en Wissink, SEW 2002. Ik ga ook niet nader in op de toezichthoudende taak en aansprakelijkheid van de Raad van Commissarissen in het ondernemingsrecht.

16 Veel van deze kwesties zijn in de literatuur al aan bod geweest, meer en vaker dan de vraag naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders. Zij zullen bovendien, zo mag verwacht worden, uitvoering aan bod komen in de NJV-adviezen die op de agenda staan voor juni 2005 (door N. Verheij, L.F.M. Verhey en A.A. van Rossum).

17 De vraag of het instellen van toezicht altijd wel opportuun is, laat ik derhalve rusten. Ik merk wel nog op dat die vraag eigenlijk niet te beantwoorden is omdat de baten van toezicht, anders dan de kosten, niet of nauwelijks te meten zijn. Een toezichthouder is in beginsel namelijk succesvol indien een ‘ramp’ (de ineenstorting van het financiële systeem, het wegvallen van het

lijkheid geregeld is en geregeld zou moeten worden. Op deze plaats dient dan ook al¹⁸ vermeld te worden dat ik mij zal in deze studie zal beperken tot die gevallen waarin er een derde partij (en dus niet de onder toezicht gestelde) schade heeft geleden en die derde zijn schade wil verhalen op de toezichthouder. Ik ga niet in op de gevallen waarin het over de aansprakelijkheid jegens de onder toezicht gestelde gaat. Ik behandel dus vooral de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) omdat er weinig overeenkomsten zullen bestaan binnen de door mij bekeken relaties.¹⁹

Vervolgens gaat het in dit boek in beginsel alleen, ook dat dient met klem voorop gesteld te worden, om de *eigen* (verantwoordelijkheid en dus) aansprakelijkheid van de toezichthouder (op basis van (soms) een overeenkomst of (meestal) een onrechtmatige daad) voor diens eigen gedrag, en dus niet om diens eventuele *kwalitatieve* aansprakelijkheid. De *kwalitatieve* aansprakelijkheid van de ouders voor onrechtmatige daden van hun kind (art. 6:169 BW) en de aansprakelijkheid van een werkgever voor de onrechtmatige daden van hun werknemer (art. 6:170 BW), om twee voorbeelden te geven, worden hier derhalve niet apart besproken.²⁰ Het verwijt dat er onvoldoende toezicht gehouden is, dient, indien erkend, een onrechtmatige daad van de toezichthouder *zelf* op te leveren (naast de daarmee niet opgeheven eventuele aansprakelijkheid van een ander).²¹ Het gaat mij dus om gevallen waarin niet de kwaliteit van de aangesprokene, maar diens (eigen) gebrekkige toezicht ter discussie staat.

1.4 Een waarschuwing vooraf

Alvorens werkelijk aan te vangen met het onderzoek, lijkt het zinvol om als een waarschuwing vooraf erop te wijzen dat onderzoek naar de aansprakelijkheid in toezichtsrelaties in zijn algemeenheid, zoals ik dat hier heb willen doen en hierna zal

consumentenvertrouwen, dood of letsel) uitblijft. Echter, te dien aanzien kan nooit met zekerheid bepaald worden of die afwezigheid te danken is aan het juiste opereren van de toezichthouder of aan puur geluk. Dat betekent dat het economische voordeel van toezicht eigenlijk niet te kwantificeren is. Zie Goodhart 2001, p. 154 en 157.

18 Zie § II.2.4 voor een schets van de diverse mogelijk relaties tussen de betrokkenen. Daaruit heb ik de hier verwoorde keuze gemaakt.

19 Ik verwijs nogmaals naar § II.2.4 voor een verdere uitwerking van deze keuze. Ook de gevallen waarin er wel een overeenkomst tussen degene die de schade lijdt en de toezichthouder bestaat, zie nader Coulon 2003, no. 238 e.v., behandel ik in beginsel niet, en dus besteed ik in principe geen aandacht aan de toezichthoudende functie van bijvoorbeeld de bewaarnemer (inclusief de hotelhouder, zie art. 7:600 en 609 BW), de architect of het directietoezicht in de bouw, waarover Van den Berg 1993 en Coulon 2003, no. 171 e.v. Dat betekent ook dat exoneratieclausules niet aan bod zullen komen. Ik heb voor deze (beperkte) optiek moeten kiezen omdat anders het onderzoeksobject alsnog te omvattend zou zijn om binnen afzienbare tijd te kunnen afronden.

20 Zulks laat onverlet dat het zo nu en dan nodig kan zijn daaraan enige aandacht te schenken, bijvoorbeeld omdat een op die terreinen gebruikte redenering of argumentatie ook voor het wel besproken terrein dienstbaar zou kunnen zijn, vgl. Fairgrieve, P.L. 2002, p. 292. Zie verder inzake de aansprakelijkheid van ouders Du Perron 2002 en inzake beide thema's in rechtsvergelijkend perspectief ook nog Spier (Unification) 2003.

21 Vgl. Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 126 en 130.

laten zien, van de onderzoeker in kwestie een soort van spagaat op inhoudelijk vlak vergt. Daarmee doel ik op het volgende.

Toezicht kan in een vrij abstracte vorm beoordeeld worden vanuit *twee uitgangssituaties* of types. Deze lopen ten dele samen en zouden ook samen moeten lopen maar ten dele geven beide situaties tot andere beoordelingen en andere kwesties aanleiding. Het eerste type is dat van wat ik het 'geinstitutionaliseerde toezicht' noem: de grote, speciaal gecreëerde toezichthouders die markten, overheden en bedrijfstakken in de gaten houden (De Nederlandsche Bank (DNB), Autoriteit Financiële Markten (AFM), NMa, OPTA, Arbeidsinspectie, VWa, etc). Het tweede type is dat van toezicht binnen de 'gewone' privaatrechtelijke relaties waarbij de ene particulier op de ander moet letten: de badmeester, de school, het psychiatrisch ziekenhuis, etc. De onderzoeker bevindt zich daarmee geregeld in een soort van spagaat tussen deze situaties, want wat voor het ene type geldt, geldt niet steeds voor het andere en als een argument wel van belang is ten aanzien van het eerste type is het dat niet noodzakelijk ook ten aanzien van het tweede, etc.

Waar ik hierna geen onderscheid maak tussen beide situaties, ga ik ervan uit dat de twee types in beginsel, en in elk geval op abstract niveau, parallel lopen. Waar dat niet zo is, blijkt dat uit de separate bespreking van beide types van toezicht of uit de verdere context. De lezer wordt wel aangeraden om het bestaan van deze twee uitgangssituaties steeds in het achterhoofd te houden.

2 De te behandelen deelvragen: een plan van behandeling

2.1 Inleiding

Het onderzoek richt zich in de eerste plaats op een diverse deelvragen die betrekking hebben op diverse deelterreinen van het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht. Die terreinen vormen gezamenlijk min of meer een dwarsdoorsnede van het aansprakelijkheidsrecht. Doel van dit deel van het onderzoek is om een elftal deelvragen of thema's aan een specifiek nader onderzoek te onderwerpen, teneinde de per thema opkomende vragen te beantwoorden. De dwarsverbanden tussen de diverse thema's zullen daarbij uiteraard in ogenschouw genomen worden. Vanuit die diverse thema's zal vervolgens getracht worden de net besproken kernvraag te beantwoorden (hoofdstuk XIII).

Daarnaast is het streven, zo bleek al uit de probleemstelling, om op een abstracter niveau een schets te geven van de achterliggende argumenten voor en beginselen ten aanzien van de aansprakelijkheid van toezichthouders.²² Doel van die schets is om degene die het recht moet (gaan) toepassen, een leidraad te bieden bij de beantwoording van mogelijke (nieuwe) vragen en bij het vinden van een oplossing voor nu nog

22 Zie de hoofdstukken IV, IX en XIII.

niet onderkende problemen. Daaraan voorafgaand ga ik eerst in op de te onderzoeken deelvragen. Deze kunnen onderscheiden worden in de hierna volgende elf thema's.

2.2 Toezicht: uitgangspunten en achtergronden (Hoofdstuk II)

Voordat de aansprakelijkheid van de toezichthouder daadwerkelijk onderzocht kan worden, dient eerst de vraag beantwoord te worden wat toezicht eigenlijk is en welke personen of organisaties als toezichthouder gezien zouden kunnen of moeten worden. Zeker indien en voorzover het aansprakelijkheidsregiem dat van toepassing is op (bepaalde typen van) toezichthouders, zou afwijken van de normale regels, in welke mate of vorm dan ook, is deze kwalificatievraag van groot belang.

Onder toezichthouder wordt hier voorlopig²³ verstaan: de persoon of organisatie die (mede) als taak heeft om controle uit te oefenen op de activiteiten van een andere persoon of organisatie. Daarbij kan gedacht worden aan dienstverleners die in bepaalde gevallen (tot op zekere hoogte) toezicht moeten uitoefenen, zoals notarissen (die immers partijen dienen te behoeden voor allerlei misstappen), banken (die bijvoorbeeld erop dienen toe te zien dat de beleggende particulier aan zijn margin-verplichting kan voldoen), en accountants (die gehouden zijn jaarrekeningen te controleren).²⁴ Daarnaast zijn bijvoorbeeld²⁵ ook DNB, de OPTA, de NMa, de AFM, de (bijna voormalige) Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK),²⁶ de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de Arbeidsinspectie, een onderwijsinstelling, een gevangenis, een psychiatrische ziekenhuis en een sportvereniging (in elk geval gedeeltelijk) toezichthouder. Ook de positie van de overheid verdient hier aandacht, want (organen van) de diverse overheden figureren zeer regelmatig als toezichthouder.²⁷

Bij de vraag wat toezicht is en wie toezichthouder is, speelt ook nog een rol ten opzichte van wie dat toezicht uitgeoefend wordt en welke al dan niet juridisch te kwalificeren relaties er tussen alle mogelijke partijen te ontwaren zijn. Zodoende raken wij aan de meer algemene vraag welke relaties tussen toezichthouder, de onder toezicht gestelde én derden kunnen bestaan en hoe die relaties geduid kunnen worden. Getracht

23 Zie verder § II.2. Bij de bepaling van welke personen of instanties toezichthouder genoemd zouden kunnen worden, zal uiteraard niet alleen gelet worden op de naamgeving en taakomschrijving van de betreffende persoon of instantie, maar ook op de vraag of er feitelijk (een bepaalde vorm van) toezicht wordt uitgeoefend.

24 Men spreekt ook wel over aansprakelijkheid van 'gatekeepers', zie daarover bijvoorbeeld Hamdani 2003 en Meerburg 2004, p. 117 e.v.

25 Zie voor een lijst en een omschrijving van een aantal van deze toezichthouders Van der Meulen 2003, p. 19, en p. 34-40.

26 De PVK gaat op korte termijn fuseren met DNB, wellicht al per 1 januari 2005.

27 Wellicht blijkt het zelfs nodig om de aansprakelijkheid van de overheid wegens falend toezicht als een apart thema te benoemen en onderzoeken, bijvoorbeeld omdat de overheidsinstanties naar Engels recht minder snel aansprakelijk zijn, zie Bright, OJLS 2001, p. 318. Ik kom hierop terug in § 2.5 en hoofdstuk V.

zal worden om die relaties bloot te leggen teneinde vervolgens te kunnen bepalen welke vormen van aansprakelijkheid voor welke relaties te onderscheiden zijn.²⁸

Naast deze onderwerpen wordt in dit hoofdstuk ook nog aandacht besteed aan de doelen van (diverse vormen van) toezicht en, nauw daarmee verbonden, de ratio die achter het (instellen van) toezicht schuilt. Wat wordt beoogd met toezicht? Wellicht dat het blootleggen van die ratio kan bijdragen aan de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag.

2.3 Afgeleide verantwoordelijkheid (Hoofdstuk III)

Alvorens de bespreking en invulling van de op het terrein van het toezicht geldende zorgvuldigheidsnorm op te pakken, wordt in de hoofdstukken III, IV, V en VI eerst stil gestaan bij een aantal onderwerpen die de invulling van de zorgvuldigheidsnorm bij voorbaat zouden kunnen beïnvloeden. Het gaat daarbij om de kwesties van de afgeleide verantwoordelijkheid, de aansprakelijkheid wegens nalaten, de invloed van het bestuursrecht en de invloed van de al dan niet samenhangende rechtsverhoudingen waarbinnen het toezicht speelt.

Bij de beoordeling van de uitkomsten waartoe de toepassing van het huidige aansprakelijkheidsrecht leidt, lijkt in de eerste plaats van belang te zijn dat de eventuele verantwoordelijkheid van de toezichthouder veelal een *afgeleide* is. De (juridische) verantwoordelijkheid voor de schadetoebrengende gebeurtenis is in eerste instantie gelegen bij degene op wie het toezicht wordt uitgeoefend. Naast de mogelijke fout van de toezichthouder staat immers vaak een (omvangrijkere) fout van degene die onder toezicht stond. Dat laat echter onverlet dat er in de huidige tijd meer en meer op vertrouwd wordt dat de toezichthouder zijn werk goed zal doen en, indien nodig, zal voorkomen dat er schade kan ontstaan.²⁹

De belangrijkste reden waarom de toezichthouder uiteindelijk wordt aangesproken, is een financiële: de toezichthouder is solvent, de eigenlijke laedens vaak niet of niet voldoende. Gegeven het voorgaande rijst de vraag in hoeverre deze uitgangspunten van invloed zijn op de potentiële aansprakelijkheid van de toezichthouder. Zou zulks kunnen leiden tot een beperkte (bijvoorbeeld subsidiaire) aansprakelijkheid?

2.4 Aansprakelijkheid wegens nalaten (Hoofdstuk IV)

De eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder zal vaak een aansprakelijkheid voor nalaten zijn. Dat brengt specifieke problemen met zich, omdat het hier gaat om

28 Het kan relevant zijn te bepalen of iemand een toezichthouder is omdat de algemene lijn lijkt te zijn dat de aansprakelijkheid van een toezichthouder met meer terughoudendheid benaderd wordt, zie hoofdstuk IV en Giesen 2004, en uit de recente rechtspraak bijvoorbeeld HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), waarin via het relativiteitsvereiste de aansprakelijkheid buiten boord gehouden wordt (zie § X.2), en HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), waarin een opgetuigde aansprakelijkheidsmaatstaf ('niet kennelijk onverantwoord') opgevoerd wordt om de aansprakelijkheid te beteugelen (zie nader VII.3.1).

29 Vgl. Barendrecht 1999, p. 83.

een nalaten een schadeveroorzakende toestand te corrigeren; de bijdrage aan de uiteindelijke schade van de toezichthouder lijkt daarmee gering in vergelijking tot de bijdrage van degene die de schadeveroorzakende toestand in het leven riep. Dat bevestigt het beeld, net al geschetst, dat het hier lijkt te gaan om een aansprakelijkheid van een ‘*peripheral tortfeasor*’ (de ‘zijdelingse laedens’), een afgeleide aansprakelijkheid.³⁰

Aansprakelijkheid voor nalaten kan daarnaast nog een probleemgebied zijn, omdat die vorm van aansprakelijkheid soms minder snel toelaatbaar wordt geacht, bijvoorbeeld in *Engeland*.³¹ Deze terughoudendheid komen wij elders ook tegen, bijvoorbeeld in de *Verenigde Staten van Amerika*, en verdient het dan ook om besproken te worden.³² Bij het zoeken naar een oplossing kan dan wellicht aangesloten worden bij de uit het Engelse recht stammende vraag naar het al dan niet bestaan van een ‘*duty to take care*’, de juridische plicht om de belangen van anderen in acht te nemen. In gevallen van nalaten lijkt daarbij het vereiste van een ‘*special relationship*’ van belang te zijn.

2.5 De invloed van het bestuursrecht en de positie van de overheid (Hoofdstuk V)

Een derde belangrijk aspect bij de bepaling van de zorgvuldigheidsnorm is dat de uitoefening van toezicht (het verrichten van de toezichthoudende taak) regelmatig (mede) onderworpen zal zijn aan de regels van het *bestuursrecht*.³³ Zo zijn bijvoorbeeld de NMa en de OPTA zelfstandige bestuursorganen,³⁴ met alle Awb-gevolgen van dien. Of, en zo ja, in hoeverre zulks ook van invloed is op de eventuele aansprakelijkheid van de toezichthouder, verdient nadere bestudering. Indien de toezichthouder een bestuursorgaan is, zal bijvoorbeeld de vraag rijzen wat de invloed is, of zou kunnen zijn, van de leer van de formele rechtskracht en welke invloed de notie van beleidsvrijheid (inclusief de toets aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of toezicht³⁵) heeft.

Maar daarmee zijn wij er nog niet, want wat is de invloed, indien al aanwezig, van de regels aangaande het (bestuurlijk) toezicht (artt. 5:11 e.v. Awb)? Hoe verhouden die (vergaande) bevoegdheden van een bestuurlijk toezichthouder zich tot de aansprakelijkheid van de toezichthouder? Heeft dat invloed op de invulling van de zorgvuldigheidsnorm?

30 Zie bijvoorbeeld Van Boom 1997.

31 Zie bijvoorbeeld Lord Hoffmann in *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819, en daarover § IV.3.2.

32 Zie al Giesen 2004.

33 En dan met name natuurlijk de regels van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb). Het mededingingsrecht en de economie spelen bij toezicht natuurlijk ook nog een rol (zie Huygen, NJB 2004, p. 174-175), maar daar ga ik niet specifiek op in omdat binnen het bestek van dit boek nu eenmaal keuzes nodig zijn.

34 Zie voor nu slechts Van der Meulen 2003, p. 27.

35 Vgl. Van Rossum 2001, p. 22 e.v.

Wellicht blijkt het zelfs nodig om de aansprakelijkheid van de overheid wegens falend toezicht als een apart thema te benoemen en onderzoeken. Een reden daarvoor zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de al genoemde leer van de formele rechtskracht een rol speelt of dat overheidsinstanties soms, zoals bijvoorbeeld in *Engeland*, minder snel aansprakelijk zullen zijn.³⁶ Hetzelfde zou op zich in Nederland ook kunnen (gaan) gelden. Ook die vraag zal besproken worden.

2.6 *Samenhang tussen rechtsverhoudingen (Hoofdstuk VI)*

De aansprakelijkheid van de toezichthouder lijkt onder de invloed te staan van de vraag wie de vordering instelt. Is dat degene die zelf onder toezicht stond (de cliënt van de bank die de effectentransacties regelt of van de notaris) of is dat een derde die schade ondervindt? In dat laatste geval, en dat zijn de gevallen waarover dit boek handelt, kan zich dit probleem voordoen dat de relatie tussen de toezichthouder en de derde niet los gezien kan worden van de relatie tussen de toezichthouder en degene die onder toezicht stond, de primaire dader. Die rechtsverhouding lijkt dan door te werken op de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag. Of die invloed inderdaad bestaat, en welke consequenties zulks met zich brengt, dient in kaart gebracht te worden. Daartoe dient hoofdstuk VI.

2.7 *De grondslag en de zorgvuldigheidsnorm (Hoofdstuk VII)*

Nadat in het voorgaande de uitgangssituatie voor een eventuele aansprakelijkheid van toezichthouders is geschetst, luidt vervolgens de vraag: welke zorgvuldigheidsnorm geldt er op dit terrein? Meer specifiek dient besproken te worden hoe die norm luidt, en daaraan voorafgaand nog, wat de grondslag ervoor is. Maakt het qua grondslag nog verschil of de beoordeling van het gedrag via de onrechtmatige daad of de toerekenbare tekortkoming in de nakoming verloopt? Kan het concept van de ‘redelijk handelende persoon’ (*de redelijk handelend toezichthouder*) hier van dienst zijn of juist niet?³⁷ Deze vragen zullen in dit hoofdstuk de revue passeren.

Ook zal er kort ingegaan worden op het *Franse* recht omdat de mogelijke aansprakelijkheid in toezichtverhoudingen zich daar meer en meer lijkt af te wikkelen op basis van de risicoaansprakelijkheid van art. 1384 al. 1 Cc, een ontwikkeling die op zijn minst interessant te noemen is, en potentieel verstrekkend zou kunnen zijn. Ook in *Duitsland* kent men een speciale grondslag voor aansprakelijkheid van bepaalde toezichthouders.

36 Zie Bright, OJLS 2001, p. 318.

37 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d’Or), r.o. 7.5.

2.8 De invulling van de zorgvuldigheidsnorm (hoofdstuk VIII)

Nadat de grondslag voor en de zorgvuldigheidsnorm als zodanig zijn besproken, rijst de vraag hoe die zorgvuldigheidsnorm verder wordt ingevuld. Is het mogelijk om bijvoorbeeld de norm van een ‘redelijk handelende toezichthouder’ nader te concretiseren, en zo ja, hoe dan? Kan daarbij aangesloten worden bij de oplossingen die aanvaard zijn voor een aantal vrij specifieke deelterreinen, en zo ja, wat levert dat dan op? Verder wordt er in dit hoofdstuk aandacht besteed aan het zogenaamde toezichthouderdilemma omdat dat van directe invloed is op de verdere invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Het betreft hier de kwestie dat de toezichthouder bij zijn handelen eigenlijk een keuze uit twee kwaden moet maken, omdat er bij elke keuze voor iemand schade zal ontstaan.

2.9 De argumenten voor en tegen aansprakelijkheid (Hoofdstuk IX)

Nadat het beeld van de aansprakelijkheid van toezichthouders, althans de zorgvuldigheidseisen, naar Nederlands recht in de voorgaande hoofdstukken in algemene lijnen is geschetst, bepaald is waar de knelpunten zitten en waar dat alles dan toe leidt, gegeven de huidige stand van zaken, wordt in dit hoofdstuk een poging gedaan om de argumenten en rechtvaardigingen voor of tegen aansprakelijkheid van toezichthouders op een rij te zetten. Tevens zal getracht worden een eerste balans op te maken, gegeven die argumenten.

2.10 Relativiteit, causaal verband en eigen schuld (Hoofdstuk X)

Nadat de contouren van de vereiste zorgvuldigheid in het voorgaande duidelijk zijn geworden en de argumenten voor en tegen aansprakelijkheid beschreven en gewogen zijn, dienen nog enkele andere aansprakelijkheidsvragen geanalyseerd te worden. Daarmee wordt in dit hoofdstuk een aanvang gemaakt.

Onderzocht zal moeten worden in hoeverre het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW een (on)wenselijke of (niet) noodzakelijke beperking van aansprakelijkheid zou kunnen vormen. Voorzover het toezicht immers een (min of meer) publiekrechtelijk doel dient, kan er gerede twijfel over bestaan of de voor die verhouding geldende normen ook beogen te beschermen tegen schade van derden.³⁸ Ook bij andere vormen van overheidstoezicht kan zich hier een probleem voordoen.³⁹

Het causaliteitsvereiste brengt in de eerste plaats met zich dat voor aansprakelijkheid, naast de schending van een zorgvuldigheidsnorm, vereist is dat de schade niet

38 Zo is in Duitsland ten aanzien van het toezicht op de banken bijvoorbeeld expliciet bepaald dat het toezicht in het algemeen belang wordt uitgeoefend. Zulks was neergelegd in § 6 van de *Gesetz über das Kreditwesen* en in enkele aanverwante wetten bijvoorbeeld over verzekeringstoezicht, zie nader Habscheid 1988; Tison 2003, p. 11; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 357 e.v.

39 Voor de meer algemene vraag naar de mogelijke invloed van de publiekrechtelijke status van een toezichthouder, zie § 2.5.

ingetreden zou zijn als de fout van de toezichthouder niet gemaakt zou zijn (*condicio sine qua non*-verband). Daar het hier veelal om een nalaten gaat, dient meestal beoordeeld te worden of een gepaste handeling van de toezichthouder de schade voorkomen zou hebben. Die beoordeling zal regelmatig problematisch zijn. Ook kan hier nog een rol spelen dat degene die de schade lijdt, zelf de uiteindelijke beslissing nam om een bepaalde activiteit door te zetten. Welke mogelijkheden bestaan er om uit deze impasse te geraken? Kan aanvaarding van een proportionele aansprakelijkheid, bijvoorbeeld op basis van de 'verlies van een kans'-theorie, hier soelaas bieden? En hoe zit het met de zogenaamde juridische of secundaire causaliteit, de toerekening op basis van art. 6:98 BW van bepaalde schade aan de aansprakelijke persoon?

Na vaststelling van de causaliteit, doemt de volgende, daarmee samenhangende kwestie alweer op. In hoeverre is het mogelijk de aansprakelijkheid van een toezichthouder, indien aangenomen, voor wat betreft de omvang in te perken door middel van een beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW)? De strekking van het toezicht, in combinatie met het verschil in hoedanigheid van de betrokken partijen, kan aan de 'normale' toepassing van het eigen schuld-leerstuk in de weg staan, zo lijkt het.

2.11 *Vrijwaring van aansprakelijkheid (Hoofdstuk XI)*

Aan bepaalde, bij wet ingestelde toezichthouders, denk met name aan de toenmalige Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE, nu AFM) en de toenmalige Verzekeringkamer (nu PVK), is een (gedeeltelijke) vrijwaring tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid verleend.⁴⁰ De ratio daarvoor is dat potentiële vorderingen tegen deze toezichthouders zeer omvangrijk zullen zijn en de kosten daarvan niet doorberekend kunnen worden. Een eerste vraag die daarbij opkomt, is hoe sterk dat argument is. Daar andere toezichthouders in bepaalde gevallen dezelfde argumenten lijken te kunnen inroepen, rijst bovendien de vraag of een dergelijke vrijwaring dan ook in die gevallen nodig of wenselijk is.⁴¹ In dit hoofdstuk zal verder nog, waar dat voor de analyse nuttig is, kort aandacht besteed worden aan de financiering van toezicht en de mogelijk invloed daarvan op het handelen van een toezichthouder.

2.12 *De invloed van het proces- en bewijsrecht (Hoofdstuk XII)*

De aansprakelijkheid van toezichthouder kan niet los gezien worden van de processuele context waarin die aansprakelijkheid eventueel te gelde gemaakt zal moeten worden. Binnen dat procesrecht vormt het bewijsrecht een belangrijke schakel. Voor de beoordeling van hun processuele en daarmee materiële positie zullen zowel de gedupeerde als de aangesproken toezichthouder vaak afhankelijk zijn van informatie en bewijsmateriaal dat zich bevindt bij degene op wie het toezicht werd uitgeoefend. Daar werd

40 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 843, nr. 1, p. 12, en daarover Grundmann-van de Krol 2002, p. 453-455.

41 In dit kader laat zich tevens de vraag stellen of een limitering van aansprakelijkheid op basis van art. 6:110 BW hier wellicht een rol zou kunnen spelen.

immers de eerste, later niet door de toezichthouder ontdekte fout gemaakt. Of, en zo ja, hoe, die informatie boven tafel te krijgen is, is een probleem dat bespreking behoeft.

Nauw aan het voorgaande verbonden is de vraag in hoeverre deze informatieproblemen van invloed zijn, of zouden kunnen of moeten zijn, op (de verdeling van) de stelplicht en de bewijslast. Zou hier bijvoorbeeld een ‘aanvullende stelplicht’ of wellicht zelf een bewijsrisico-omkering aanvaard moeten worden? Deze vragen zijn met name ook interessant omdat het bewijsrecht, en zeker de verdeling van de bewijslast, doorwerkt naar het materiële aansprakelijkheidsrecht. Ook de vraag of de zogenaamde ‘omkeringsregel’ (nog) toegepast zou kunnen worden, zal daarbij op de voorgrond treden, zo mag verwacht worden.

Gevallen van massaschade verdienen in dit kader extra en aparte aandacht omdat in die gevallen de preprocesuele of processuele afwikkeling nog complexer zal zijn. Dat thema zal dan ook (kort) besproken worden.

2.13 Slotbeschouwing (Hoofdstuk XIII)

In de slotbeschouwing zal ik trachten de resultaten uit het voorgaande bijeen te brengen en met elkaar in verbinding te brengen en zal ik tevens proberen een antwoord te formuleren op de hiervoor geformuleerde kernvraag: is het aansprakelijkheidsrecht in Nederland voldoende in staat om de aansprakelijkheid van toezichthouder op een adequate, juiste en rechtvaardige wijze af te kunnen wikkelen, zo nee, waar bevinden zich dan de knelpunten en hoe kunnen deze opgelost worden? Ik sluit af met een korte vooruitblik.

3 Methodologie en maatstaf

3.1 Argumentatieve rechtsvergelijking

Het onderzoek zal mede plaats vinden op basis van (mijn variant van) de extern rechtsvergelijkende methode. Daarbij wordt afwisselend aandacht besteed, steeds afhankelijk van het betreffende deelthema dat onderzocht wordt, aan het Duitse, Amerikaanse, Engelse of Franse recht.⁴² Ik ga hierbij nogal ‘ruimhartig’ of ‘kieskeurig’ te werk, door dat te behandelen wat ik nodig acht,⁴³ ook al strookt dat wel-

42 Ik kan hier, niettegenstaande de methodische wenselijkheid daarvan, geen (uitvoerige) verhandeling over de algemene uitgangspunten van, alsmede het aansprakelijkheidsrecht in, de besproken stelsels opnemen. Daarvoor verwijs ik naar de voor het overige in deze studie aangehaalde literatuur en de algemene werken over rechtsvergelijking.

43 Van Boom 2002, p. 76, nt. 11, noemde het, sprekend over zijn eigen methode, ‘eclectisch’.

licht niet helemaal met alle methodologische uitgangspunten van de rechtsvergelijking.⁴⁴

Binnen die rechtsvergelijkende methode zal ik mij met name richten op (het vinden van) de gebruikte argumenten voor en tegen aansprakelijkheid én op de uitgangspunten ten aanzien van de aansprakelijkheid op dit terrein. Ik zal mij dus niet primair op de meer dogmatisch-juridische analyse van de bestaande buitenlandse regels en het daar geldende systeem richten. Sterker nog, ik laat dat goeddeels achterwege. De daarin geïnteresseerde lezer verwijs ik graag naar de ter plekke aangehaalde bronnen.

Voor het gemak noem ik deze vorm of variant van de rechtsvergelijkende methode ‘*argumentatieve rechtsvergelijking*’: deze is erop gericht de elders gebruikte argumenten voor of tegen bepaalde mogelijke oplossingen boven tafel te krijgen. De concrete oplossing zoals elders gekozen en de inpassing in het systeem aldaar, is minder wezenlijk. Op dezelfde wijze zal ook, waar dat mogelijk was gegeven mijn beperkte (rechts)economische inzicht, gebruikt gemaakt worden van rechtseconomische argumenten.

De keuze om op deze wijze om te gaan met de nog bloot te leggen onderzoeksgegevens, is ingegeven door mijn wens om tem proberen ‘verhullend argumenteren’ zoveel mogelijk tegen te gaan. Ik wil zoveel mogelijk de werkelijke (al dan niet juridische) redenen achterhalen om voor bepaalde oplossingen te kiezen. Gepoogd wordt dus om alle mogelijke rookgordijnen van constructies en leerstukken die de werkelijke rechtspolitieke keuze omgeven, te omzeilen.⁴⁵

Gezien de nauwe banden tussen het aansprakelijkheidsrecht en het bestuursrecht op dit onderzoeksterrein, zie daarover § 2.5 en hoofdstuk V, zal ook soms de intern rechtsvergelijkende methode gehanteerd (moeten) worden. Hier zal de analyse wel meer dogmatisch-juridisch van aard zijn, en dan met name erop gericht zijn de afstemming tussen privaatrecht en bestuursrecht helder te krijgen.

3.2 *De gehanteerde maatstaf*

Waar het de bedoeling is om te toetsen of een bepaalde regeling al dan niet voldoende functioneert, of deze rechtvaardig en/of juist is, zoals ik mij in deze studie voorgenom-

44 Tot op zekere hoogte was deze insteek echter ook onvermijdelijk omdat in bepaalde situaties de aansprakelijkheid van een toezichthouder in het ene land wel en in het andere land geen rol speelt. Bij wijze van voorbeeld: ongevallen op school roepen vagen van toezicht op naar Nederlands recht, zie hierna hoofdstuk VIII en Giesen 2003, p. 321-322, terwijl dat naar Duits recht niet het geval is omdat zo’n geval afgewikkeld wordt via het systeem van de ‘Unfallversicherung’, waardoor civielrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel uitgesloten is, zie Ebers, NJW 2003, p. 2655 e.v.

45 Zie ook hoofdstuk VI. Wellicht is deze benadering in het geheel niet vernieuwend, zelfs niet voor het Nederlandse (privaat)recht, maar de explicitering ervan in een aantal recente publicaties is mijns inziens zeker wel nieuw te noemen. Zie Vranken/Giesen 2003, p. 1, 3 en 7; Vranken 2003, hoofdstuk 3, en Maris van Sandelingenambacht, RM Themis 2003, p. 255 en 257, sprekend over de oraties van Hesselink en Du Perron. In deze richting ook Smits 2003, p. 63-64.

men heb,⁴⁶ dient eerst een *maatstaf* gegeven te worden waaraan die regeling dan getoetst zal gaan worden. Wat is de norm, het vergelijkingstype waartegen het verkregen resultaat wordt afgezet? Het stellen van die vraag staat min of meer gelijk aan het openen van een discussie omtrent ‘de’ methode van de rechtswetenschap maar dat zal ik hier niet doen.⁴⁷ Een enkel woord wil ik echter wel aan die maatstaf wijden.

Waar het om gaat, is te bepalen langs welke maatstaf een regel of systeem gelegd zou moeten worden. Zonder een dergelijke norm is immers niet te zeggen welke regel ‘beter’ is. De maatstaf die ik in dit onderzoek zou willen aanleggen, waarbij het er derhalve om gaat te toetsen of het Nederlandse recht op dit moment de aansprakelijkheid van toezichthouders op rechtvaardige wijze regelt, sluit aan bij hetgeen ik schreef over de (kieskeurige) manier waarop ik de rechtsvergelijkende methode benader.

Ik gaf in dat kader aan, onder de noemer ‘argumentatieve rechtsvergelijking’, dat ik in wezen alle argumenten voor of tegen aansprakelijkheid die ik op het spoor zou kunnen komen, ongeacht de (methodologische) bron (buitenland, economie, psychologie), zou willen meewegen en tegen elkaar zou willen afwegen. De reden voor deze ‘ruimhartige’ benadering is dat ik ten aanzien van het voorwerp van onderzoek zo veel mogelijk perspectieven wil meenemen. In concreto betreft het dan bijvoorbeeld, hoewel in zeer bescheiden mate, economische, sociologische en psychologische argumenten en, indien beschikbaar en bruikbaar, empirische gegevens, doch tevens én voornamelijk, omdat ik nu eenmaal in de eerste plaats jurist ben en er niet aan kan en ook niet wil ontkomen om ook normatieve uitspraken te doen, juridische argumenten.⁴⁸

Bij die laatste ‘koker’ van argumenten (de juridische) gaat het dan weer om de uitkomsten van wat de gebruikelijke juridische bronnen (wetgeving, rechtspraak en literatuur) naar mijn mening of interpretatie te melden hebben, maar, zo bleek al, ook om argumenten die via de rechtsvergelijkende methode zijn komen boven drijven. Het betreft hier in wezen het ‘normale’ rechtsvindingsproces. Bij die juridische afweging, in dat rechtsvindingsproces, speelt dan echter tevens, ik wil en kan daar uiteindelijk ook niet omheen, een basale notie over wat naar mijn mening ‘rechtvaardig

46 Vgl. mijn probleemstelling in § 1.2 hiervoor. Om misverstanden te vermijden: het gaat mij er uiteindelijk niet om te bepalen of elke mogelijke, in concreto nader in te vullen zorgvuldigheidsnorm die ten aanzien van een toezichthouder zou kunnen gelden, rechtvaardig is, maar enkel om te bepalen of het (Nederlandse) systeem van aansprakelijkheid ten aanzien van toezichthouders juist en/of rechtvaardig is. Het gaat er dan bijvoorbeeld om of een schuldaansprakelijkheid of een risicoaansprakelijkheid gekozen zou moeten worden. De vraag is: voldoet het aansprakelijkheidsrecht op systeemniveau? Zie voor mijn antwoord § XIII.3.

47 Zie recent Hesselink 2004 en de hierna genoemde literatuur. Ik ga bewust niet in op de in het verlengde hiervan vaak gestelde, meer specifieke vraag of de rechtswetenschap wel als wetenschap gekwalificeerd kan en/of mag worden. Zie recentelijk bijvoorbeeld Stolker, NJB 2003, p. 766 e.v.; De Geest, NJB 2004, p. 58 e.v.; Hesselink 2004, p. 200 e.v.; Van Rhee, RM Themis 2004; Franken, NJB 2004, p. 1400 e.v.; Barendrecht c.s., NJB 2004, p. 1419 e.v., alsmede de overige bijdragen aan dat themanummer.

48 Mijn methode sluit dan ook nauw aan bij de methode zoals gehanteerd door Hesselink 2004, p. 215-222, m.n. p. 216, in navolging van Kennedy 1997, p. 15-16. Ook Van den Heuvel 2004, p. 9, gaat zo te werk (rechtseconomie om argumenten bloot te leggen).

dig' of 'maatschappelijk wenselijk' is, een belangrijke rol. Het is hier dat het (mijns inziens onmisbare) normatieve element de afweging binnendringt.⁴⁹

Die rechtvaardigheidsnotie, dat normatieve oordeel of die aangehangen ideologie,⁵⁰ is dan lastig verder te definiëren of te funderen. Ik ga dat op deze plaats ook niet proberen.⁵¹ Hier volstaat dat op het vlak van de methode uiteindelijk, net als in het 'gewone' rechtsvindingsproces, alleen de explicitering en motivering van de gemaakte keuze,⁵² gegeven iemands basale notie van wat juist is, bepalend kan zijn.⁵³ Die motivering, die ik in de komende hoofdstukken zal trachten op te bouwen, dient uiteraard wel steekhoudend (in de zin van verdedigbaar) en (logisch) sluitend te zijn. De in deze studie aangelegde methodologische 'maatstaf', als ik die zo zou mogen duiden, bestaat dus uiteindelijk uit een aantal 'kokers' of perspectieven die samengevoegd en samen afgewogen worden. Het beste scoort dan die regeling⁵⁴ die het meest tegemoet komt aan zoveel mogelijk van de geïdentificeerde argumenten voor of tegen aansprakelijkheid uit de verschillende, geïdentificeerde 'kokers'.⁵⁵

-
- 49 Nu het methodologiedebat sterk onder invloed staat van de opkomst van de rechtseconomie, en er (overigens terecht) steeds meer op gehamerd wordt om met empirisch materiaal argumenten en stellingen te ondersteunen, wordt naar mijn gevoel nog wel eens te snel erover heen gestapt dat er in het juridische domein uiteindelijk normatieve keuzes gemaakt moeten worden, zie Hesselink 2004, p. 215. Vgl. verder nog Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), die bijvoorbeeld op p. 52 stelt: 'The dispute about the proper scope of liability for auditors, then, is a normative question, not an empirical one.'. De rechtseconomie en empirisch materiaal zijn daarbij onmisbaar omdat ze dat normatieve oordeel steun kunnen geven, maar ze kunnen er niet voor in de plaats komen.
- 50 Voor een fraai voorbeeld van wat ik bedoel, zie Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), m.n. p. 62 e.v. Hij constateert dat er (t.a.v. de aansprakelijkheid van accountants) twee uiteenlopende stromingen bestaan die beide vol vertrouwen claimen het gelijk aan hun zijde te hebben (t.a.v. het normatieve oordeel of de aansprakelijkheid te ver gaat of niet) en dat de *keuze* die iemand hier maakt uiteindelijk 'political' is (p. 63) of zelfs 'ideological' (p. 65).
- 51 Als ik dan toch iets zou moeten weggeven van mijn eigen standpunt, luidt dat dat het privaatrecht en daarmee het aansprakelijkheidsrecht uiteindelijk ook gericht zou moeten zijn op *solidariteit*. Het privaatrecht zou niet alleen gericht mogen zijn op de vrijheid van de één ten opzichte van de vrijheid van de ander en de grensbepaling tussen die polen. Daarnaast, met nadruk, daarnaast, zou naar mijn mening ook gelet moeten worden op wat maatschappelijk aan tegemoetkoming gedaan zou kunnen worden of wenselijk zou zijn ('anderen niet in kou laten staan'), ook via het privaatrecht, naast de meer publiekrechtelijke mogelijkheden. Hoe dat dan in concreto uitpakt, kan ik hier natuurlijk niet nader duiden, maar deze notie speelt wel mee, zoveel durf ik wel prijs te geven, bij mijn persoonlijke inkleuring en invulling van hoe het recht zou moeten zijn.
- 52 Zie Asser-Vranken, nr. 217 e.v., alsmede, met verdere verwijzingen, Giesen 2001, p. 485.
- 53 Zie opnieuw Hesselink 2004, p. 220-221, en tevens De Geest, NJB 2004a, p. 1439-1441 die zeer sterk hamert op openheid en eerlijkheid.
- 54 Impliciet in het voorgaande is nog dat er derhalve meerdere alternatieven (hier: vormen van aansprakelijkheid) moeten worden bekeken.
- 55 Dit lijkt op de methode van 'policy analysis' zoals die in het Amerikaanse recht gebruikt wordt, vgl. de omschrijving bij Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), op p.49, verwijzend naar Kennedy 1997, p. 97-105. Vgl. verder nog Hesselink 2004, p. 221, verwijzend naar Kennedy 1997, p. 15-18. Deze analyse lijkt in die zin juist te zijn dat het in het aansprakelijkheidsrecht sowieso steeds om de 'policy reasons' gaat, zie Van Boom 2004, p. 35. Daarbij gaat het er dan

4 Conclusie

Nu het belang van, de probleemstelling voor en de afbakening van een onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders gegeven zijn, het plan van behandeling geschetst is en de gekozen methode verwoord is, wordt het tijd om werkelijk aan de slag te gaan. De eerste vraag is dan wat toezicht eigenlijk is en wat het doel en functie ervan zou kunnen zijn.

uiteraard niet om enkel en alleen te ‘tellen’ of ‘turven’ hoeveel argumenten voor of tegen aansprakelijkheid pleiten.

II | Toezicht: uitgangspunten en achtergronden

1 Inleiding

Voordat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder daadwerkelijk onderzocht kan worden, wil ik eerst de vraag proberen te beantwoorden wat onder toezicht verstaan zou kunnen of moeten worden (§ 2.2) en welke personen of organisaties als ‘toezichthouder’ gezien zouden kunnen of moeten worden (§ 2.5). Naast de verdere afbakening van het onderzoeksobject, schuilt het belang van de beantwoording van die vraag met name hierin dat indien en voorzover de aansprakelijkheidsregels die van toepassing zijn op toezichthouders, zouden afwijken van de algemeen geldende regels,¹ deze ‘kwalificatievraag’ bepalend zal zijn voor de vraag welk stelsel van aansprakelijkheid geldt.

Daarnaast staan in dit hoofdstuk de mogelijke relaties, al dan niet in juridische termen te duiden, tussen de diverse actoren in het ‘toezichtmodel’ centraal (§ 2.3 en § 2.4). De toezichthouder heeft niet alleen een relatie tot degene die onder toezicht staat, maar ook tot ‘derden’. Dat kan ‘het publiek’ zijn, maar ook een beperktere groep mensen of een bepaald persoon. Het ontrafelen van deze relaties is van belang omdat voor een juist inzicht in de (mate van) aansprakelijkheid van toezichthouders nodig is dat bepaald is welke mogelijke relaties daarbij in beeld zijn.

Naast deze uitgangspunten, komen ook nog enkele achtergronden van toezicht aan bod, zodat tezamen een algemeen kader van wat toezicht is, geschapen wordt. Zodoende komt een aantal mogelijke doeleinden van (het uitoefenen van) toezicht in § 3 aan de orde. Hetzelfde gebeurt met de beoordeling van de ratio die achter het instellen van toezicht schuil gaat (§ 4). Een korte conclusie sluit dit hoofdstuk vervolgens af (§ 5).

¹ Hetgeen niet ondenkbeeldig is, omdat de aansprakelijkheid van toezichthouders streng lijkt te zijn, zie bijvoorbeeld Giesen 2003, p. 328. Overigens, als de regels niet zouden afwijken, zou de beoordeling van de vraag of een toezichthouder wellicht aansprakelijkheid is, alsnog eenvoudiger worden, met alle voordelen van dien, als duidelijk zou zijn hoe die regels zoals toegepast op toezichthouders luiden, en als duidelijk zou zijn wie toezichthouder is.

2 Algemene aspecten van toezicht en de daarbij betrokken relaties

2.1 Inleiding

In deze paragraaf ga ik allereerst (§ 2.2) nader in op het begrip toezicht. Wat wordt daarmee bedoeld? Ik zal tevens trachten toezicht in een model te vangen (§ 2.3) en de daarbij behorende relaties tussen de diverse betrokken partijen te schetsen (§ 2.4). Vervolgens wordt besproken wie zoal toezichthouder is of zou kunnen zijn (§ 2.5). Daarbij komt ook al even de positie van de overheid als toezichthouder aan bod.

2.2 *Wat is toezicht? Algemene taken en soorten en maten van toezicht*

Docters van Leeuwen, de hoogste baas bij de AFM, omschreef toezicht in 2003 nog vrij breed als volgt: ‘Toezicht houdt je als je een toestand of een norm wilt handhaven ten algemene nutte.’² Later spitste hij deze omschrijving nader toe voor het gedrags-toezicht op de financiële markten:³ ‘Toezicht betreft het geheel van handelingen dat bevordert dat marktpartijen conform de gestelde normen handelen.’. Het kabinet heeft in haar ‘*Kaderstellende visie op toezicht*’ de volgende, meer toegespitste omschrijving van toezicht gegeven:⁴

‘Onder toezicht wordt in deze visie zowel de controle op de naleving van wet- en regelgeving als ook het bestuurlijke toezicht op medeoverheden en zelfstandige bestuursorganen verstaan.’

En iets verder heet het:

‘toezicht is het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.’

Hiervan uitgaande heeft een toezichthouder derhalve drie algemeen geformuleerde taken, te weten: informatie verzamelen (ofwel: kennis vergaren), een oordeel vormen,

2 Docters van Leeuwen 2003, p. 1.

3 Docters van Leeuwen/Kockelkoren 2004, p. 44.

4 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1. p. 6 en 7. De laatste, hierna nog geciteerde omschrijving wordt inmiddels vrij breed gehanteerd, zie bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 450, nrs. 1-2, p. 31 en de literatuur genoemd in de volgende noot.

en zo nodig ingrijpen.⁵ De toezichthouder heeft die taken ten aanzien van de naleving van wet- en regelgeving en/of ten aanzien van het functioneren van anderen.⁶

Duidelijk is derhalve dat toezicht meer is dan ‘het controleren of de mensen de regeltjes wel op de goede manier naleven’. Toezicht vergt bijvoorbeeld ook beleid, en zeker waar het om het ingrijpen gaat, vaak zelfs pro-actief beleid.⁷ En waar beleid is, zo kan dan nu al worden toegevoegd, ontstaat beoordelingsvrijheid ofwel beleidsvrijheid,⁸ met alle mogelijke gevolgen van dien. Maar daarover later meer.⁹

Groot voordeel van de zojuist gehanteerde omschrijving is dat het algemene takenpakket van de toezichthouder helder is.¹⁰ Daar het tevens duidelijk is dat bij elk van deze taken fouten gemaakt kunnen worden die elk weer aansprakelijkheid tot gevolg kunnen hebben, is met dit takenpakket wellicht tevens een indeling van soorten of typen ‘fouten’ gegeven. In de afbakening van taken lijken dus vooralsnog ook aanknopingspunten gevonden te kunnen worden voor wat toezicht in het algemeen kan zijn.

Een probleem daarbij is wellicht nog dat het voorgaande in eerste instantie betrekking heeft op toezicht door of vanwege de *overheid*, met als gevolg dat van deze toezichthouders bijvoorbeeld transparantie en onafhankelijk geëist wordt.¹¹ Dat nu lijkt bij wat ik dan voorlopig ‘private toezichthouders’ noem, niet altijd nodig te zijn. Een voorbeeld: ouders oefenen toezichthoudende taken uit ten opzichte van hun kinderen.¹² Ze ‘verzamelen informatie’ omtrent de activiteiten van hun kinderen,

5 Zo ook Boshuizen 2001, p. 7; Haan-Kamminga 2003, p. 119; Schilder/Nuijts 2004, p. 10. Vgl. verder nog Docters van Leeuwen/Kockelkoren 2004, p. 51, die hieraan ten vierde nog toevoegen: ‘niet gedogen en scherp reageren’, maar dat betreft dan al de invulling van de beleidsvrijheid, zie hierna, die de derde taak aan de toezichthouder laat. Of een toezichthouder steeds alledrie de taken zou moeten uitoefenen, laat ik open, want wellicht is de persoon die niet kan ingrijpen ook al als toezichthouder te bestempelen. Als het over mogelijk ingrijpen gaat, moeten wij dat ruim zien. Ingrijpen is dus ook overleg starten over de ontstane situatie om zo tot een oplossing te komen, zie De Moor-van Vugt 2001, p. 3, en Schilder/Nuijts 2004, p. 88-89. Overigens, taken van toezichthouders en doelen van toezicht zullen veelal gelijk lopen, zodat hetgeen in § 3 nog wordt beschreven, ook hier van belang is.

6 Soms wordt voorafgaand aan deze drie taken nog een vierde genoemd, namelijk de normstelling, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 21, maar omdat dat niet een taak is die elke toezichthouder steeds heeft of zou moeten hebben, heb ik die taak niet meegenomen in de opsomming hiervoor.

7 Zie Scheltema, TP 2000, p. 5.

8 Scheltema, TP 2000, p. 7

9 Zie § V.4.

10 Dat zegt dan natuurlijk nog niets over de specifieke taken en bevoegdheden (en de daarbij behorende instrumenten) die elke specifieke toezichthouder bezit. Zie over de instrumenten in het kader van het financiële toezicht bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2003/04, 28 122, nr. 19, p. 5 en 6.

11 Zie over die vereisten onder andere de Kaderstellende visie op toezicht, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1, p. 9.

12 Dat ook ouders, en al diegenen die voor korte of langere tijd hun plaats innemen, als toezichthouder zijn te bestempelen, is te vinden bij Van Dam 2000, nr. 1404. Vgl. verder nog art. 6:169 BW.

vormen zich daarom een oordeel en grijpen eventueel in. Hetzelfde geldt voor scholen.¹³ Qua taken zijn ouders en school derhalve zeker toezichthouder te noemen. Het zal echter tevens duidelijk zijn dat ouders als toezichthouder niet onafhankelijk hoeven te zijn of zelfs kunnen zijn. En dan zijn er ook nog toezichthouders die in deze een tussenpositie innemen: geen overheid, maar ook niet echt privaat. Zodoende wordt duidelijk dat, hoewel het takenpakket van diverse verschillende toezichthouders niet al te zeer verschilt, hun positie, in elk geval voor wat betreft hun verantwoordelijkheid, toch een andere is. Het lijkt dus nodig om meer informatie te verzamelen om tot een bruikbare typologie te kunnen komen.

Een onderscheid dat zich dan, gezien het voorgaande, aandient,¹⁴ is dat tussen toezicht door *overheden* (in ruime zin) en toezicht door *private partijen*. De Moor-van Vugt maakt in dit kader een verschil tussen ‘publiekrechtelijk toezicht’, waaronder het toezicht op de naleving van regels van publiekrecht valt. Daar tegenover staat dan het ‘privaatrechtelijk toezicht’: worden regels zoals opgesteld door particulieren nageleefd?¹⁵ Die indeling laat echter onverlet, zo bleek al, dat het takenpakket bij beide vormen van toezicht in de kern hetzelfde is. Wat dat betreft voegt dit onderscheid dus weinig toe.

Als wij dergelijke vormen van onderscheid gaan aanbrengen, kan verder nog gedacht worden aan het verschil tussen *prudentieel* toezicht en *gedragstoezicht* in de financiële sector,¹⁶ maar tevens aan het onderscheid tussen *preventief* en *repressief* toezicht. Ook dat lijkt van belang omdat toezicht zoals eerder omschreven met name ziet op de repressieve vorm van toezicht, toezicht achteraf, en niet volledig toepasbaar is om toezicht vooraf in te kaderen, hoewel die vorm van toezicht ook veel voorkomt. Van Rossum spreekt over preventief toezicht als ‘bepaalde gedragingen of handelingen tevoren door een toezichthouder moeten worden goedgekeurd’.¹⁷ Indien wij echter ‘ingrijpen’, zoals de derde taak van een toezichthouder omschrijven is, in ruime zin verstaan, dan blijkt dat ook bij preventief toezicht de eerder genoemde drie taken te ontwaren zijn. De preventieve toezichthouder zal immers informatie verzamelen, een beoordeling maken en op die basis ‘actie ondernemen’ (wel of niet een vergunning afgeven bijvoorbeeld). Dat ‘actie ondernemen’ lijkt niet goed te scheiden van ‘ingrijpen’. Bij nadere beschouwing blijkt het derhalve toch niet nodig te zijn om het

13 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 7-9-2000, NJ 2001, 577 (VVAA Schadeverzekering/Nutsschool-Oost).

14 Zie uitvoerig over diverse soorten toezicht en toezichthouders, Wynant, RW 2003-2004, p. 1564-1565.

15 De Moor-van Vugt 2001, p. 2-4. Vgl. Ook Vermaat 2000, p. 6, die hier een onderscheid maakt tussen toezicht door de overheid zelf, toezicht namens de overheid via publieke of private organen en toezicht op private basis (zelfregulering).

16 Volgens het voorstel inzake de Wft, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, art. 1:7 en 1:8, betreft prudentieel toezicht het toezicht op de soliditeit van financiële ondernemingen en de stabiliteit van de sector (met DNB als toezichthouder) en betreft gedragstoezicht het toezicht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen en zorgvuldige behandeling van klanten (met AFM als toezichthouder). Zie verder bijvoorbeeld Giesen, AV&S 2002, p. 99-100.

17 Van Rossum 2001, p. 12.

onderscheid preventief/repressief toe te passen. Wellicht maakt het wel verschil voor de invulling van wat van een toezichthouder verlangd kan worden of hij moet handelen op basis van een feitencomplex dat zich nog moet afspelen, dan wel zich al afgespeeld heeft (dat laatste zal op zichzelf eenvoudiger te beoordelen zijn) maar dat werkt naar mijn mening door op de verdere invulling van de norm en niet op het soort of type toezicht.

Uitgaande van het *object* van toezicht, zou men toezicht ook weer kunnen onderscheiden in twee varianten: toezicht op de instantie (de persoon/het instituut als zodanig; institutioneel toezicht) die onder toezicht gesteld is of toezicht op wat de instantie (de persoon/het instituut) doet (gedragstoezicht). Er zijn derhalve diverse vormen van (het uitoefenen van) toezicht te onderscheiden.¹⁸ Kijken wij naar de *organisatie* van toezicht dan wordt bijvoorbeeld in de financiële sector stevig gediscussieerd over de vraag of er een ‘single regulator’ (één toezichthouder houdt toezicht op het hele financiële spectrum) zou moeten zijn of juist niet, of dat wellicht een tussenmodel wenselijk is (bijvoorbeeld twee toezichthouders, namelijk voor het prudentieel en voor het gedragstoezicht).¹⁹

Ingedeeld naar de *aanleiding* voor de uitoefening van het toezicht of de maatregelen naar aanleiding van dat toezicht, zou ook nog een onderscheid gemaakt kunnen worden in *concreet* toezicht en *algemeen* toezicht. Concreet toezicht is dan toezicht naar aanleiding van een melding, een waarschuwing, een aanwijzing dat er wellicht ergens iets mis is of iets mis dreigt te gaan. Algemeen toezicht betreft dan de controle van het object onder toezicht zonder dat er van een dergelijke concrete aanleiding sprake is.²⁰ Dat dit onderscheid voor wat betreft de aansprakelijkheidsvraag van belang kan zijn, komt hierna nog aan bod als de invulling van de zorgvuldigheidsnorm aan de orde is.²¹

Naast de hier al genoemde vormen van toezicht, kunnen wij om toezicht te duiden ook nog het *proces* van toezicht nader bekijken. Dat proces sluit nauw aan bij de eerder besproken drie taken, en kan in zes onderdelen ingedeeld worden.²² Onderdeel 1 ziet op de norm: het in kaart brengen van de normen. Onderdeel 2 betreft het in kaart brengen van en informatie verzamelen over de objecten die onder toezicht staan. In onderdeel 3 wordt de selectie en prioritering, het toezichtbeleid, ontwikkeld indien de toezichthouder niet alle objecten kan controleren. Onderdeel 4 betreft de kern van

18 Zie ook nog Innovatie-Kanskaart 2003, p. 18, waarnaast preventief en repressief toezicht ook nog genoemd worden: eerste- en tweedelijnstoezicht en corrigerend en signalerend toezicht. Vgl. tevens Docters van Leeuwen/Kockelkoren 2004, p. 44, die nog onderscheiden tussen onafhankelijk toezicht en zelftoezicht, en Wynant, RW 2003-2004, p. 1564-1565.

19 Zie hierover bijvoorbeeld Eisma/Schlingmann, NJB 2004, p. 549-550, en Comment 2001, p. 6 e.v., waarin overigens op p. 7 ook nog als optie wordt besproken dat de ‘single regulator’ met twee afdelingen zou kunnen gaan werken. Het verschil ten opzichte van twee toezichthouders is dan wel heel klein geworden.

20 Zie eerder al over dit onderscheid Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1679; Giesen, AV&S 2002, p. 103, en Giesen 2003, p. 315-316 en verder nog § VIII.2.2.3.

21 Zie § VIII.2.3.

22 Dit is ontleend aan Innovatie-Kanskaart 2003, p. 20-21.

het werk, het verzamelen van informatie door inspectie en onderzoek. Indien interventie nodig is, gebeurt dat in onderdeel 5. Onderdeel 6 betreft ten slotte de interne randvoorwaarden, de kenmerken van de organisatie die het toezicht uitoefent. Mijns inziens is dit een bruikbare indeling die nuttig kan zijn om toezicht beter te kunnen bevatten. Het enige minpunt is dat de zo belangrijke fase van de analyse van de verkregen informatie niet expliciet genoemd wordt.

2.3 Een model voor toezicht?

Mijns inziens wordt duidelijk uit het voorgaande korte overzicht dat toezicht op diverse manieren kan worden omschreven en worden ingedeeld,²³ dat eigenlijk veel van de indelingen niet erg verhelderend zijn en dat toezicht een ruim begrip is. Het lijkt dan ook nodig om af te stappen van pogingen om toezicht definitief te onderscheiden en in te delen in typen, maar om in plaats daarvan een zekere inperking of ten minste afbakening van het hierna te hanteren begrip toezicht te geven. In ander verband heb ik daartoe al een voorstel gedaan,²⁴ hetgeen licht aangepast hierop neerkomt.

Indien wij toezicht in een min of meer modelmatige variant plaatsen, blijken er daarbij steeds een aantal personen/instanties betrokken te zijn. In de gevallen van (letsel)schade bij een derde, is er in elk geval een slachtoffer, de derde ten opzichte van de relatie tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde, die ik verder 'S' zal noemen. Deze S is het slachtoffer geworden van een handeling van de primaire, eigenlijke dader, de onder toezicht gestelde, die ik verder 'D' noem, zoals bijvoorbeeld een ontsnapte psychiatrische patiënt die brand sticht. Er is echter in deze gevallen nog een partij bij de 'relatie' (in de ruime zin van het woord) 'S-D' betrokken, en dat is de toezichthouder, ook wel 'T'. Toezicht is dus aanwezig in die gevallen waarin er een 'relatie' S-D bestaat terwijl er nog een partij T is die de relatie S-D dient te controleren, daarop dient te letten, op die relatie dient toe te zien (het standaardmodel). In het vervolg daarop dient T ook nog in bepaalde gevallen daadwerkelijk in te grijpen, bijvoorbeeld om juist te voorkomen dat er schade ontstaat bij S, maar dan staat al vast dat hij 'toezichthouder' in de hier bedoelde zin is.²⁵

Een en ander betekent dat het *object* van het toezicht (§ 2.2) ofwel D zelf is (de toezichthouder houdt rechtstreeks toezicht op een bepaalde (rechts)persoon of instantie; variant A), ofwel de 'omgeving' waarbinnen deze D handelt en functioneert (de toezichthouder houdt toezicht op de leefomgeving van D, de randvoorwaarden waarbinnen D kan handelen; variant B). Het gedragstoezicht op bijvoorbeeld bestuurders

23 Zo ziet Boshuizen 2001, p. 27, nog een onderscheid tussen eenmalig en voortdurend toezicht. Schilder/Nuijts 2004, p. 80 e.v. bespreken preventief toezicht (p. 80), nalevingstoezicht (p. 86) en handhavingstoezicht (p. 88).

24 Zie Giesen 2003, p. 313-315.

25 Ik wijs er daarbij op dat de relatie S-D pas echt ontstaat, geconcretiseerd wordt, nadat T zijn werk niet naar behoren deed, maar dat patroon wijkt niet af van het normale patroon in het onrechtmatige daadsrecht waarbij dader en slachtoffer pas na de handeling een relatie ontwikkelen. Bovendien bestond de relatie D-T wel al; alleen de S was nog niet ingevuld.

van beleggingsinstellingen²⁶ is een voorbeeld van een geval waarin een eventuele primaire dader zelf het object van (voorafgaand) toezicht is. Het toezicht op (het tegengaan van een te zeer uitdijende) begroeiing rond een NS-station zodat criminaliteit aldaar minder kans krijgt, betreft toezicht op de omgeving van D, in dit geval de potentiële overvaller.²⁷ In dat laatste geval hoeft D dus geen vooraf al bekend persoon te zijn. Een ander voorbeeld hiervan is de situatie zoals die zich in *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation*²⁸ voordeed, waarbij een bewoonster in de gemeenschappelijke hal van haar appartementencomplex overvallen werd. Het toezicht op de veiligheid in het complex betreft ook dan toezicht op de omgeving van D.

Bij het voorgaande dient bedacht te worden dat het geregeld zal voorkomen dat beide objecten van toezicht samenlopen in die zin dat de taak van de toezichthouder niet alleen het toezicht op de persoon betreft, maar ook het toezicht op de omgeving van die persoon, de randvoorwaarden. Het toezicht op psychiatrische patiënten kan opnieuw als voorbeeld genoemd worden: de instelling dient op de patiënt te letten, doch ook op (de openheid van) het gebouw of de betreffende afdeling (dit overigens steeds met het oog op de mogelijke handelingen van de patiënt). Daarnaast is nog een variant denkbaar, namelijk dat de toezichthouder geacht wordt toezicht te houden op zowel S als D of op andere wijze in een relatie tot zowel S als D staat. In een dergelijk geval zal echter evenzeer gesteld kunnen worden dat T toezicht moet houden op de relatie S-D, zoals eerder al genoemd.²⁹

Er bestaan twee feitelijke situaties of gevallen die op dit moment niet in dit schema onder te brengen zijn, en dus vooralsnog niet als gevallen van toezicht bestempeld zouden kunnen worden. Dat zijn in de eerste plaats de gevallen waarin S en D samenvallen: het slachtoffer is zelf ook de primaire 'dader'. Dader is dan degene die het gevolg teweegbracht, ongeacht de eventuele juridische kwalificatie van dat handelen als 'onrechtmatig' of als 'eigen schuld'. Denk aan het geval waarin een leerling in ondiep water duik en verlamd raakt.³⁰ Omdat er in dit soort gevallen echter ook nog een ander betrokken is (T) en die persoon overduidelijk een controlerende, toezichthoudende rol bekleedt (in het voorbeeld is dat de badmeester of zwembadexploitant), zou ik menen dat deze categorie van gevallen (voorlopig) nog onder het hier gehanteerde begrip toezicht kan vallen (tweepartijenmodel).

Een tweede categorie van gevallen die (nu) niet onder toezicht valt, is die waarin D en T samenvallen. Degene die (potentieel) toezichthouder is of zou kunnen zijn, is meteen ook de primaire dader. Een voorbeeld is het geval waarin een energiebedrijf

26 Zie nader over die materie Tillema, NJB 2000, p. 1198.

27 Zie Rb. Amsterdam 18-7-2001, NJkort 2001, 46 (Zuninga/Diemen).

28 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477; 43 A.L.R.3d 311, waarover meer in § IV.3.3.

29 Vgl. inzake het geval dat de toezichthouder in relatie tot zowel S als D staat de uitspraak in *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 326 (hoewel dat geval op zich in die casus niet speelde).

30 Zie Rb. Alkmaar 19-8-1982 en 9-6-1983, NJ 1984, 215 (Geervliet/Staat).

de leidingen onvoldoende controleert, en een gaslek tot een explosie en schade leidt.³¹ Deze gevallen vertonen de nodige verwantschap met de wel als toezicht te beschouwen gevallen; bij beide gaat het bijvoorbeeld met name om gevallen van nalaten (zie nader hoofdstuk IV). Dat zou wellicht kunnen betekenen dat de (invulling van de) zorgvuldigheidsnorm zoals die voor deze gevallen geldt, te transponeren is naar 'echte' gevallen van toezicht, maar dat betekent nog niet dat het in die gevallen ook om toezicht gaat in de zin zoals hier verstaan. Immers, wanneer D en T samenvallen zoals in het genoemde voorbeeld, hebben wij in wezen te doen met een 'normaal' geval van (mogelijke) aansprakelijkheid voor gevaarzetting (of voor zaken) en dus met een 'normaal' geval van onrechtmatige daad. Denken in termen van toezicht biedt in dat kader geen extra houvast, zo lijkt het.

2.4 De bij toezicht te ontwaren relaties tussen betrokkenen

Welke relaties kunnen nu onderscheiden worden binnen dit standaardmodel? Een toezichthouder houdt toezicht op iemand, de onder toezicht gestelde, 'D', en/of diens omgeving. De onder toezicht gestelde heeft een bepaalde positie binnen de maatschappij en onderhoudt derhalve ook een relatie met andere actoren in die maatschappij, met 'derden', hiervoor 'S' genoemd. Deze derden zijn op hun beurt ook weer betrokken bij wat de toezichthouder doet, omdat het toezicht van die toezichthouder op de onder toezicht gestelde hun belangen ook raakt. Goed toezicht is mede bedoeld in het belang van de 'derde'.³² Die term 'derde' is hier overigens in die zin misleidend dat de toezichthouder vaak in eerste instantie of mede werkt ten behoeve van die derde, zodat de onder toezicht gestelde (hiervoor al D gedoopt) net zo goed 'de derde' genoemd zou kunnen worden. Ik zal dan ook verder gebruik maken van de aanduidingen S en D.³³

Er zijn in de driehoek die tussen S, D en T gevormd kan worden, drie relaties te onderscheiden die mogelijk van belang zouden kunnen zijn. Ten eerste die tussen de toezichthouder T en de onder toezicht gestelde D (D-T). Ten tweede de relatie tussen S en D (S-D), en ten derde, de belangrijkste, die tussen de toezichthouder en S (S-T). Omdat het in dit onderzoek om de aansprakelijkheid van de toezichthouder gaat en die vraag veronderstelt dat er ergens schade geleden is die verhaald wordt

31 Zie HR 14-6-2002, NJ 2003, 428 (Interpolis/Obragas). In dit specifieke geval van toezicht op gasleidingen, is inmiddels overigens naar aanleiding van enkele ontploffingen in grote steden een discussie losgebarsten over de vraag wie het toezicht op het bestaande leidingstelsel zou moeten uitvoeren, de gasbedrijven of de gemeenten. Nu gebleken is dat dat laatste het geval is, zie *Kamerstukken II 2003/04*, 28 325, nr. 4, p. 3, valt de casus waarin de gemeente wordt aangesproken in verband met een gasontploffing, weer wel onder het begrip toezicht zoals hier gebruikt. Het gasbedrijf zou dan de primaire dader zijn.

32 Waarbij ik de relativiteitskwestie nog even laat rusten, zie nader § X.2.

33 Het gebruik van 'D' voor de 'primaire dader' wil niet zeggen dat deze 'het' altijd gedaan heeft, dat deze D altijd onrechtmatig gehandeld zou hebben. Dat dient immers nog beoordeeld te worden volgens de daarvoor nog te ontwikkelen normen.

op een ander, dient er binnen het kader van dit onderzoek in elk geval een S te zijn. Uiteraard dient er ook een toezichthouder te zijn, want daarover gaat het hier nu juist.

Ten aanzien van de tweede relatie (S-D) kan gezegd worden dat D aansprakelijk kan zijn ten opzichte van S, op basis van wanprestatie mocht er een overeenkomst bestaan, en anders op basis van de onrechtmatige daad.³⁴ Een 19-jarige VWO-leerling D die een andere leerling S slaat, is daarvoor bijvoorbeeld aansprakelijk. Over de aansprakelijkheid van toezichthouders (denk in dit kader aan de school) zegt dat echter nog niets want er is hier nog geen toezichthouder bij de relatie betrokken. Het betreft hier een 'normale' aansprakelijkheidsvraag. Deze relatie behoeft hier dus niet speciaal onderzocht te worden.

Hoewel de relatie S-D op zich vrijwel geheel los staat van de toezichthouder, die immers bij die relatie als zodanig niet direct betrokken is, is hetgeen zich tussen de partijen S en D afspeelt, zeker wel van belang voor de eventuele aansprakelijkheid van de toezichthouder. Het is immers juist de schadeveroorzakende handeling binnen die relatie S-D die de vraag naar de aansprakelijkheid van de toezichthouder (naast de eventuele verantwoordelijkheid van D) doet ontstaan; de aansprakelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van S (de derde relatie, S-T), staat in direct verband met het handelen van een ander, D, op wie gelet had moeten worden. De aansprakelijkheid in de relatie S-T kan dus niet los gezien worden van hetgeen zich afspeelde binnen de relatie S-D. Tussen de toezichthouder en S zal er daarbij overigens veelal geen contractuele band bestaan. Het zal hier qua grondslag voor aansprakelijkheid dan ook om de onrechtmatige daad draaien.³⁵ Een voorbeeld van deze relatie betreft de mogelijke aansprakelijkheid van een school (T) jegens een leerling (S) die op school tijdens schooltijd door een medeleerling (D) geslagen wordt en zodoende letsel oploopt.

De eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder jegens de onder toezicht gestelde (de eerste relatie, T-D) zal beoordeeld worden op basis van de onrechtmatige daad, of wellicht op basis van wanprestatie, als er in een voorkomend geval een overeenkomst ontdekt kan worden. Het zou hier bijvoorbeeld kunnen gaan, om bij het eerdere voorbeeld te blijven, om de aansprakelijkheid van een school jegens een leerling die op school tijdens schooltijd van de trap valt omdat die trap (te) glad is. Het voorbeeld geeft echter al aan dat in deze gevallen D tevens S is, D en S vallen samen, zodat het hier gaat om het eerder onderscheiden tweepartijenmodel (§ 2.3). Er moet immers wel ergens schade ontstaan zijn (er dient een S te zijn), want anders zal de aansprakelijkheidsvraag niet opkomen.³⁶ Tevens dient er natuurlijk weer sprake

34 Over de mogelijke grondslagen voor aansprakelijkheid en het (geringe) belang van die kwalificatie, zie § VII.2.

35 Zie § VII.2. Binnen deze variant zal een eventuele overeenkomst tussen toezichthouder T en de onder toezicht gestelde D niet direct van invloed zijn op de aansprakelijkheid van T jegens S, maar vgl. nog hoofdstuk VI.

36 Hierbij zou nog een aparte S betrokken kunnen zijn in die zin dat de eventuele wanprestatie van de toezichthouder ten opzichte van de onder toezicht gestelde D tevens een onrechtmatige daad jegens een ander (S) kan zijn, vgl. Asser-Hartkamp 4-III, nr. 11; Du Perron 1999, nr. 287 e.v. Maar dit zal dan ook een zelfstandige onrechtmatige daad moeten zijn en dus moeten afhangen van andere feiten. Overigens, een eventuele wanprestatie van D ten opzichte van T kan tot

te zijn van een situatie waarin toezicht uitgeoefend wordt, want anders betreft het weer een ‘gewone’ onrechtmatige daad.³⁷

Gegeven deze schets van mogelijke relevante en te onderscheiden relaties, zal het niet verbazen³⁸ dat ik mij in het vervolg van dit onderzoek zal beperken tot die gevallen waarin er een derde partij (S) bij het voorval betrokken is, die derde schade heeft geleden, en deze zijn schade wil verhalen op de toezichthouder (T), en niet in eerste instantie of alleen op de onder toezicht gestelde primaire dader (D). De reden daarvoor zal veelal een financiële zijn: de toezichthouder is (nog) solvent, de onder toezicht gestelde vaak niet (meer).³⁹

Het idee achter deze beperking van het onderzoek bleek eigenlijk al uit het voorgaande en is in zekere zin evident: het zijn die gevallen (S-T) waarin het aspect van en de relatie met ‘toezicht’ tot volle wasdom kan komen. Bovendien, in de relatie D-T is er ofwel geen schade of is er gewoon onrechtmatig gehandeld, dan wel tekort geschoten, terwijl de relatie S-D een normaal geval van aansprakelijkheid betreft.

2.5 *Wie is toezichthouder?*

Bij de bepaling van welke personen of instanties toezichthouder genoemd zouden kunnen (en moeten) worden, zal uiteraard gelet dienen te worden op de naamgeving en taakomschrijving van de betreffende persoon of instantie, doch tevens op de vraag of er feitelijk (een bepaalde vorm van) toezicht wordt uitgeoefend door die persoon of instantie, ook voorzover die persoon of instantie dat zelf niet als zodanig zou ervaren.⁴⁰

De wet geeft op een enkele plaats enig inzicht in wie toezichthouder zou kunnen zijn. Ik doel dan met name op art. 5:11 Awb:

‘Onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.’

aansprakelijkheid van D ten opzichte van T leiden, maar dat valt buiten het bestek van dit onderzoek.

37 In gevallen waarin een onder toezicht gestelde de toezichthouder aanspreekt omdat de toezichthouder onjuiste informatie (denk aan een onjuiste beschuldiging van verboden prijsafspraken) geopenbaard zou hebben die de reputatie van D aangetast zou hebben, hoeven wij niet meer te spreken over de aansprakelijkheid van een toezichthouder. Het gaat dan in wezen gewoon over aansprakelijkheid wegens onrechtmatige mededelingen (waarover bijvoorbeeld Giesen 2001, p. 259 e.v.).

38 Zie ook al § I.2.2.

39 Zie verder hoofdstuk III.

40 Een overzicht van de reikwijdte van het concept toezicht en de eindeloze reeks van mogelijke toezichthouders, is te putten uit de voortgangsrapportages met betrekking tot de ontwikkelingen inzake toezicht, zie *Kamerstukken II* 2002/03, 27 831, nr. 4 en *Kamerstukken II* 2003/04, 27 831, nr. 5.

Nadere beschouwing leert echter dat die bepaling ons niet verder helpt omdat het kernwoord ('toezicht') zowel in het te definiëren begrip als in de definitie zelf verschijnt. Er staat derhalve eigenlijk iets in de trant van 'toezichthouder is hij die toezicht houdt', hetgeen weinig toevoegt aan de verdere begripsvorming.⁴¹ Bovendien is deze bepaling nogal publiekrechtelijk georiënteerd, zodat deze voor privaatrechtelijke verhoudingen minder geschikt lijkt.

Wellicht valt er winst te behalen door de toezichthouders nader te categoriseren en deze in een aantal typen in te delen. Vraag is dan echter welk criterium aangelegd (zou) moet(en) worden om die categorieën af te (kunnen) bakenen en of zo'n criterium wel te vinden is.⁴² Wij zouden bijvoorbeeld kunnen uitgaan van de gekozen rechtsvorm, maar dat lijkt niet echt bepalend voor wat men als toezichthouder werkelijk doet, hoogstens kan dat tot op zeker niveau van invloed zijn op wat men als toezichthouder mag doen. Beslissend zal dat criterium dus niet kunnen zijn.

Van Dam behandelt toezichthouders als het gaat om de aansprakelijkheid voor zaken en de aansprakelijkheid voor personen. Hij definieert de toezichthouder, mede op basis van het Franse en Belgische recht, als de persoon die juridische of feitelijke zeggenschap heeft over de zaak of de andere persoon en die beschikt over de juridische of feitelijke mogelijkheid om veiligheidsmaatregelen te nemen.⁴³ De twee kernelementen, namelijk 'zeggenschap' en 'maatregelen nemen', sluiten mijns inziens redelijk goed aan bij de hiervoor (§ 2.2) genoemde taken en dan met name bij de derde taak, het ingrijpen. Daarvoor is immers zeggenschap nodig, maar ook de bevoegdheid om in te grijpen.

Gezien het voorgaande wordt onder *toezichthouder* voor het vervolg van dit onderzoek verstaan: de persoon of organisatie die (mede) als taak heeft om *controle uit te oefenen* op de activiteiten (inclusief het gebruik van zaken) van een andere persoon of organisatie. Onder 'controle uitoefenen' versta ik dan het verzamelen van informatie, het vormen van een oordeel over de activiteiten van die ander, alsmede het eventueel ingrijpen of corrigeren. Dat is in geheel conform de eerder onderscheiden taken die toezichthouders gemiddeld genomen uitoefenen. De toebedeelde taken bepalen derhalve of iemand als toezichthouder te kwalificeren is of niet.

Uit deze omschrijving blijkt dat 'controle' hier een wezenlijk begrip is.⁴⁴ Dat strookt met de ervaring dat controle geregeld een grote rol speelt als het over toezicht en toezichthouders gaat. De mogelijkheid van controle bepaalt dan of iemand iets zou kunnen doen om schade tegen te gaan, en als dat zo is, kan het nodig zijn om dat dan ook daadwerkelijk te doen.⁴⁵

41 Zie Van Rossum 2001, p. 10 e.v., die er op wijst dat deze bepaling niet echt veel richting geeft.

42 Vgl. ook nog de vormen van toezicht uit § 2.3. hiervoor.

43 Van Dam 2000, nr. 1205 en 1404.

44 Ik ben van de 'zeggenschap' van Van Dam 2000, nr. 1205 en 1404, overgestapt naar controle.

45 Dat zal verder nog uit het navolgende blijken. Als voorbeeld noem ik nu al *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 713, waarin het ontbreken van de mogelijkheid tot controle, mede aanleiding was om de aansprakelijkheid af te wijzen. Ik meen overigens dat controle als zodanig geen argument kan zijn om de aansprakelijkheid van een toezichthouder te aanvaarden, want die notie bepaalt veeleer of iemand eigenlijk wel als toezicht-

Gezien de zojuist gegeven omschrijving kan in antwoord op de vraag wie toezicht-houder is, heel concreet gedacht worden aan diverse dienstverleners die in bepaalde gevallen (tot op zekere hoogte) toezicht moeten uitoefenen, zoals notarissen (die immers partijen dienen te behoeden voor allerlei misstappen, en bijvoorbeeld dienen toe te zien op het registreren van akten). Ook kan gedacht worden aan banken (die bijvoorbeeld erop dienen toe te zien dat de beleggende particulier aan zijn margin-verplichting kan voldoen), en accountants (die gehouden zijn jaarrekeningen te controleren). Tevens kan er op gewezen worden dat ook aannemers geregeld toezicht uitoefenen en dat ook de commissarissen bij NV's en BV's dat beroepshalve moeten doen. Maar bijvoorbeeld ook de meer gebruikelijke toezichthouders zoals DNB, de OPTA, de NMa, de AFM en de PVK zijn of waren (in elk geval gedeeltelijk) toezicht-houder in de hier bedoelde zin.

Naast de zojuist al genoemde toezichthouders en dienstverleners die een toezicht-houdende taak hebben, kan verder bijvoorbeeld gedacht worden aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg en de Arbeidsinspectie, maar tevens aan scholen, gevangenissen, psychiatrische ziekenhuizen, sportverenigingen, Internet (service) providers en dergelijke. Een markant voorbeeld van wie ook 'toezichthouder' kan zijn, betreft de horeca-ondernemer, en dan met name de caféhouder. Laat hij zijn gasten dronken het etablissement verlaten, dan kan dat in sommige rechtsstelsels tot aansprakelijkheid jegens de dronkaard of jegens de slachtoffers van de daden van die dronkaard leiden.⁴⁶

Ook de positie van de overheid verdient hier aandacht, want (organen van) de diverse (lagere) overheden figureren zeer regelmatig als toezichthouder. Men zou zelfs kunnen stellen dat de overheid en haar organen zo regelmatig toezicht houden of als toezichthouder door het leven gaan, dat het nodig zou kunnen zijn om hieraan een apart deel van dit onderzoek te wijden. Een tweede reden daarvoor zou nog kunnen zijn dat overheidsinstanties in bepaalde rechtsstelsels minder snel aansprakelijk worden gehouden dan 'gewone' gedaagden. Dit is bijvoorbeeld in Engeland het geval,⁴⁷ maar het betreft geen algemeen gedeelde notie.⁴⁸ Voorlopig ga ik er echter vanuit dat, in elk geval naar Nederlands recht, eventuele bijzonderheden voorzover het de positie van de overheid als toezichthouder betreft, op te lossen zijn en opgelost worden via

houder kan gelden. Het is dus hoogstens een eerste stap om tot toezichthoudersaansprakelijkheid te kunnen komen, namelijk de stap die bepaalt of er een toezichthouder is. De notie van controle daarnaast ook nog benutten om de aansprakelijkheid te funderen, zou die notie teveel belang verschaffen. Zie verder over de argumenten voor aansprakelijkheid hoofdstuk IX.

46 Zie bijvoorbeeld over het recht in de 'Commonwealth' op dit punt, Mcivor, CLJ 2001, p. 109 e.v.

47 Zie bijvoorbeeld Bright, OJLS 2001, p. 318, en Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 105-107, met verdere verwijzingen.

48 Naar Frans en Duits recht lijkt er in deze niet zoveel bijzonders aan de hand te zijn, of zou zelfs eerder van een eenvoudiger vast te stellen aansprakelijkheid gesproken kunnen worden. De 'Amtshaftung' naar Duits recht gaat immers erg ver. Zie over beide stelsels Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 107-119, met verdere verwijzingen

het bestuursrecht en via de nadere invulling van de zorgvuldigheidnorm (onder de noemer ‘beleidsvrijheid’).⁴⁹

3 Een schets van de mogelijke doelen van toezicht

Welke doelen nagestreefd worden door middel van het instellen van een systeem van toezicht en een toezichthouder, is lastig in algemene termen te zeggen. Men kan stellen dat toezicht is ‘ingesteld om belangen te verwezenlijken die zonder de toezichthouder niet zouden worden verwezenlijkt’,⁵⁰ maar dan rijst wel meteen de vraag wat die belangen dan zijn. Een aantal veel voorkomende belangen of doeleinden kan echter wel geschetst worden. Dat is belangrijk omdat via de doelen die met toezicht nagestreefd worden, meer informatie verkregen wordt over de redenen en de ratio voor dat toezicht.⁵¹

Toezicht is in elk geval erop gericht bepaalde ongewenste ontwikkelingen, om het neutraal en ruim te formuleren, tegen te gaan, en zelfs te voorkomen. Preventie van ongewenst gedrag of ongewenste uitkomsten is daarmee dus een doel van toezicht. Men houdt toezicht om op tijd te kunnen ingrijpen om zodoende erger te voorkomen. Toezicht op de regels inzake brandveiligheid in horecagelegenheden, dient ertoe te voorkomen dat die regels genegeerd worden met als gevolg dat, mocht er brand uitbreken, het aantal slachtoffers hoger ligt dan het geval zou zijn geweest indien de regels wel zouden zijn nageleefd. Toezicht en preventie gaan hand in hand; toezicht dient de preventie door het gedrag van personen en instanties te sturen in de richting die de na te leven regel wenst. Daarmee wordt meteen duidelijk dat ook de handhaving gediend wordt door toezicht.

Toezicht dient volgens de al genoemde ‘Kaderstellende visie op toezicht’ een tweeledig doel:⁵²

‘Het is een middel om te achterhalen of burgers, bedrijven en overheden zich houden aan de gestelde regels, om misstanden te signaleren, en het is een instrument om vertrouwen bij burgers, belanghebbenden en onder toezicht staande organisaties te scheppen.’

Het gaat bij toezicht dus uiteindelijk ook om het scheppen van *vertrouwen*, hoe abstract dat ook moge klinken, in datgene waarop het toezicht uitgeoefend wordt (bijvoorbeeld de bedrijfstak) én om het behoud van dat vertrouwen, want over het (behoud van)

49 Over deze aspecten nader § V.2, § V.4 en § V.5.

50 Zie Haan-Kamminga 2003, p. 118. Zij noemt nog specifiek het tegengaan van free-ridergedrag ten aanzien van een gemeenschappelijk goed.

51 Het belang van het bepalen van de ratio, de reden voor toezicht is weer hierin gelegen dat die ratio bij het bepalen van de aansprakelijkheid van de toezichthouder een argument kan zijn voor een bepaalde oplossing.

52 Zie *Kamerstukken II 2001/02*, 27 831, nr. 3, p. 5.

vertrouwen gaat het uiteindelijk ook bij de signalering van misstanden.⁵³ De burger vertrouwt erop dat de overheidstaken objectief en deskundig worden uitgevoerd.⁵⁴ Overigens, om vertrouwen in datgene waarop het toezicht uitgeoefend wordt, te kunnen hebben, is van belang dat de burger, belanghebbende en onder toezicht staande organisatie vertrouwen moet kunnen hebben in het uitgeoefende toezicht zelf.⁵⁵

Speciaal voor toezichthouders in de financiële wereld geldt dat het op vertrouwen gerichte toezicht binnen die doelstelling grofweg drie functies heeft: waarborgen van de stabiliteit van het financiële systeem (systeemtoezicht), bescherming van de consument (verzekeringnemer, belegger) tegen faillissementen (bedrijfseconomisch toezicht) en bescherming van de consument tegen ontoelaatbaar gedrag (gedragstoezicht).⁵⁶ De Rechtbank Amsterdam sprak in de *Nusse Brink*-zaak⁵⁷ kortweg over het bewaken van de belangen van de beleggers ‘bij het goed functioneren van de effectenmarkt’.

Het systeemtoezicht en het bedrijfseconomisch toezicht zien tezamen op de solvabiliteit en daarmee de *continuïteit* van de bedrijven op een bepaalde (financiële) markt.⁵⁸ Op die markt is dat het belangrijkste aspect van toezicht, aldus Boshuizen, omdat in elk geval op de verzekeringsmarkt de cliënt (de verzekeringnemer) een kennisachterstand heeft ten opzichte van én afhankelijk is van de verzekeraar.⁵⁹ Deze vorm van toezicht wordt ook prudentieel toezicht⁶⁰ genoemd maar ook de overkoepelende term ‘soliditeitstoezicht’ wordt wel gebruikt.⁶¹

Gedragstoezicht is met name de laatste jaren sterk in opkomst en leidt tot een uitbouw van de taken van de AFM. Die vorm van toezicht ziet overigens, voorzover

53 Ook Boshuizen 2001, p. 9-12 en p. 383, wijst op het belang van vertrouwen. Dat toezicht ook de belangen van de consument beschermt, hangt daarmee uiteraard samen. Dezelfde elementen (vertrouwen in de markt en consumentenbescherming) spelen een grote rol in Engeland bij het toezicht door de ‘Financial Services Authority’ (FSA), zie hierna.

54 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1 p. 5.

55 Zie daaromtrent bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2001/02, 28 271, nrs. 1-2, p. 47, alsmede met enige nuancering Schilder/Nuijts 2004, p. 67 (vertrouwen is essentieel maar hoe wordt dat geschapen?).

56 Zie Tillema, NJB 2000, p. 1198. Vgl. tevens Eisma/Schlingmann, NJB 2004, p. 550, en *Kamerstukken II* 2003/04, 28 122, nr. 18, p. 1: goed gedrag, transparantie, soliditeit van instellingen en stabiliteit van het systeem als geheel. Het tegengaan van free-ridergedrag kan ook nog apart genoemd worden, zie Haan-Kamma 2003, p. 118-119.

57 Zie Rb. Amsterdam 7-6-2000, JOR 2000, 153 nt. Frielink (Van den Broek BV/VvdE), r.o. 6.2.

58 Vgl. ook Sijben 2004, p. 25-26. Een voorbeeld van waar systeemtoezicht en het tegengaan van ‘het systeemrisico’ (het uiteenvallen van het financiële stelsel) toe kan leiden, is bijvoorbeeld de beoogde regeling in art. 700 Rv om bij conservatoir beslag op tegoeden van financiële instellingen, deze instellingen te horen, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 863, nr. 5, p. 9-10.

59 Zie Boshuizen 2001, p. 343. Solvabiliteitstoezicht kan dan omschreven worden als ‘toezicht gericht op de financiële conditie op de langere termijn’, zie Boshuizen 2001, p. 453, die dit overigens toespitst op verzekeraars.

60 Zie Van Rossum 2001, p. 16, die aanhaakt bij de recente wijzigingen op het toezicht in de sector. In de Wft, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, is gekozen voor de termen prudentieel toezicht en gedragstoezicht, zie artt. 1:7 en 1:8.

61 Zie Vermaat 2000, p. 9 en 10: soliditeitstoezicht richt zich op de economische gezondheid en betrouwbaarheid van financiële instellingen en sectoren, en omvat het solvabiliteitstoezicht.

het de betrouwbaarheid en deskundigheid van bepaalde beleidsbepalende personen (bestuurders) betreft, ook weer op de continuïteit van het bedrijf. De consument komt pas écht in beeld als het om het gedragstoezicht in verband met de (al dan niet verplichte) verstrekking van informatie (door bijvoorbeeld verzekeraars) gaat.⁶²

In *Engeland* is voor de financieel toezichthouder, de Financial Services Authority (FSA), in de wet een aantal 'objectives' geformuleerd waarbij naast consumentenbescherming en het promoten van 'public understanding' met name het eerste doel, 'maintaining confidence in the financial systeem' in het oog springt.⁶³ Het zal duidelijk zijn dat die doelen sporen met hetgeen te dien aanzien in Nederland is beoogd.

4 Een schets van de mogelijke ratio van toezicht

Alvorens de verdere analyse voort te zetten, lijkt het nuttig om in aansluiting op de zojuist genoemde doelen, te trachten iets meer te zeggen over de mogelijke ratio van toezicht en van de daaraan gelieerde zorgvuldigheidsnorm.⁶⁴ Op basis van die ratio kunnen de partijen in een geschil, en natuurlijk ook de rechter wanneer die tot een beslissing geroepen wordt, vervolgens voor elke specifieke zaak beoordelen hoe de zorgvuldigheidsnorm in dat geval zou kunnen luiden.

De strekking, de ratio, van toezicht in algemene zin en daarmee tevens van de zorgvuldigheidsnorm zoals die ten opzichte van toezichthouders geldt, sluit nauw aan bij het doel ervan en kan mijns inziens in één woord gevat worden als het specifiek om financiële toezichthouders gaat: *vertrouwensbescherming*.⁶⁵ Toezicht op de financiële markten en op de spelers op die markten, dient in de eerste plaats ertoe om het vertrouwen in die markten en de financiële instellingen te bewaren. Een financiële markt of instelling die het vertrouwen van de belegger/consument kwijt is, houdt vrij snel op een markt of instelling te zijn. Het is derhalve van kapitaal belang dat het vertrouwen bewaard blijft en daarom moeten de 'rotte appels', ook als het maar een enkele betreft, zo snel mogelijk verwijderd (kunnen) worden. Om dat te kunnen doen,

62 Daarover Boshuizen 2001, p. 343-344 (en p. 28). Zie over de (noodzaak van) informatieverschaffing aan het publiek bijvoorbeeld de Wet van 20 december 2001, *Stb.* 2001, 669. Gedragstoezicht wordt ook wel integriteitstoezicht genoemd, zie Vermaat 2000, p. 11.

63 Zie sections 2-6 Financial Services and Markets Act 2000 en daarover Page 2001, p. 129.

64 Ik kan dat hier niet voor elke mogelijke toezichthouder doen. Hierna wordt dan ook slechts getracht enkele meer algemene lijnen uit te zetten.

65 Zie reeds § 3 over de doelstellingen van toezicht, alsmede Van Rossum 2001, p. 20, en verder over die ratio Giesen, AV&S 2002, p. 102. Zie verder nog HR 26-8-2003, RvdW 2003, 136 (A.D. Oost Nederland/PVK), r.o. 3.3.1. In Engeland geldt ten aanzien van de FSA hetzelfde, zie bijvoorbeeld sections 3-6 van de Financial Services and Markets Act 2000. Zie ten aanzien van de ratio voor financieel toezicht in Europa ook in deze zin Tison 2003, p. 5. Of het vertrouwen inmiddels gestegen is door het toegenomen toezicht, wordt betwijfeld, vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 122, nr. 17, p. 1, maar dat laat onverlet dat inmiddels ook de accountants onder toezicht worden geplaatst met als doel om het vertrouwen in die beroepsgroep te herstellen en/of te bevorderen, zie Schilder/Nuijts 2004, p. 57, en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 1-3.

is zorgvuldig toezicht een noodzaak. De potentiële aansprakelijkheid van de toezichthouders zal deze er (mede) toe dwingen om dat toezicht goed en nauwkeurig uit te oefenen, zodat de mogelijkheid van aansprakelijkheid langs die weg uiteindelijk de vertrouwensbescherming dient.

Daarmee is overigens nog niet gezegd wat ‘vertrouwen’ eigenlijk is en hoewel ik niet de pretentie heb dat begrip hier volledig uit de doeken te kunnen doen, misstaat een enkele opmerking daarover niet. Na het belang ervan geschetst te hebben, geven Schilder en Nuijts aan dat vertrouwen te maken heeft met voorspelbaarheid, met gehonoreerde verwachtingen.⁶⁶ Verderop stellen zij dat vertrouwen niet tastbaar is, dat niet duidelijk is waaruit het bestaat, en dat enkel aangegeven kan worden waarop het betrekking heeft.⁶⁷ Het gaat dan ten eerste om betrouwbaarheid.⁶⁸ Ten tweede heeft vertrouwen betrekking op de kwaliteit van het oordeel.⁶⁹ Tot slot is er dan nog een publiek element volgens Schilder en Nuijts, namelijk dat tekortschieten in het behartigen van de belangen van een individu, ook de maatschappelijke, publieke eisen schendt, vandaar dat er materiële regels bestaan voor vertrouwenspersonen inzake hun integriteit, deskundigheid en onafhankelijkheid. Vertrouwen is een geesteshouding die samenwerking mogelijk maakt en zo tot gemeenschappelijk voordeel kan leiden. Het is daarmee sociaal kapitaal en een noodzakelijke voorwaarde voor het deelnemen aan en het bestaan van het economisch verkeer.⁷⁰ Specifiek inzake toezicht voegen zij daar nog aan toe dat vertrouwen niet autonoom bestaat, maar dat dat een afgeleid resultaat is van goed toezicht (te weten: het beheersbaar maken en houden van risico’s).

Terug nu naar de ratio van toezicht. Als wij de financiële toezichthouders buiten beschouwing laten en kijken naar de toezichthouders die uiteindelijk letselschade hadden moeten tegengaan, is die ratio ook precies daarin gelegen: het toezicht beoogt te *beschermen tegen en voorkomen van mogelijke gevaren en daarmee samenhangend mogelijk letsel*. De qua aansprakelijkheidsrecht gebruikelijke termen die dan daaraan verbonden kunnen worden, zijn ‘preventie’ en ‘slachtofferbescherming’.⁷¹

Iets meer op de achtergrond speelt naar mijn idee echter ook op dit vlak de notie van *bescherming van vertrouwen* een rol.⁷² De derde, de buitenstaander, vertrouwt er immers tot op zekere hoogte op dat de toezichthouder zijn controlerende taak naar behoren zal verrichten en zo potentiële gevaren zal voorkomen, daarvoor is deze ten

66 Schilder/Nuijts 2004, p. 9. Ook zij benoemen ‘vertrouwen’ overigens als een van de kernwaarden van toezicht, zie p. 12.

67 Schilder/Nuijts 2004, p. 41.

68 Toegepast op adviseurs, waarover Schilder/Nuijts 2004 spreken, betekent dit dat het gaat om het feit dat de adviseur zich op het belang van de cliënt richt, hij moet onafhankelijk zijn, en dat hij zijn best zal doen. Dat geldt mijns inziens ook voor de financiële toezichthouders.

69 Weer toegepast op adviseurs, waarover Schilder/Nuijts 2004 spreken: de adviseur moet deskundig zijn en die kunde benutten, hetgeen eveneens voor een toezichthouder zal gelden.

70 Schilder/Nuijts 2004, p. 42.

71 Overigens is de bescherming van afnemers (consumenten) ook een doel van het toezicht op de financiële wereld, zie Schilder/Nuijts 2004, p. 65, met verdere verwijzingen.

72 Zie verder Barendrecht 1999, p. 83.

slotte aangesteld, ook al heeft die toezichthouder wellicht niet direct het (latere) slachtoffer als individueel persoon voor ogen als iemand die specifiek bescherming nodig heeft.

Ik ben hiervoor nog niet specifiek ingegaan op de toezichthouders op het mededingingsrecht (NMa, OPTA, DTe) en de ratio van het toezicht op dat terrein. De reden daarvoor is dat de aansprakelijkheid ten opzichte van derden op dat terrein een minder prominente rol lijkt te spelen. De ratio van toezicht op het vlak van het mededingingsrecht zou overigens als *het waarborgen van eerlijke concurrentie* kunnen worden omschreven.⁷³ Bezien vanuit de consument is die ratio vervolgens weer nader te herleiden tot *vertrouwen in de markt*. Het gaat er uiteindelijk immers om dat de consument vertrouwen heeft in de markt en dat vertrouwen wordt geschapen door de concurrentie te waarborgen. Deze ratio sluit al met al zeer nauw aan bij hetgeen hiervoor gesteld werd.

5 Conclusie

Toezicht is een complexe figuur, hetgeen waarschijnlijk ook een verklaring is voor de brede inzetbaarheid ervan. Ik ga hierna uit van een omschrijving van toezicht gebaseerd op het benoemen van de drie taken die daaraan verbonden zijn, te weten het verzamelen van informatie over een bepaalde situatie, het beoordelen van die situatie en het zo nodig ingrijpen in die situatie. Toezichthouder is dan degene die dit uitvoert, degene die (mede) als taak heeft om controle uit te oefenen op de activiteiten van een andere persoon of organisatie. In modelvorm zijn tevens een standaardmodel van toezicht (waarbij drie partijen nauw op elkaar ingrijpen), in twee varianten, en een tweepartijenmodel voor toezicht geschetst. De meest voor de hand liggende doelen van toezicht zijn, zo bleek, preventie van ongewenste gedragingen of uitkomsten, handhaving van regels en vooral vertrouwensbescherming.

73 Vgl. hierover bijvoorbeeld Van Damme/Eijlander 2000, p. 54-55 en p. 65.

III | Afgeleide verantwoordelijkheid

1 Inleiding

Bij de beoordeling van de uitkomsten waartoe de toepassing van het geldende aansprakelijkheidsrecht op toezichthouders zou kunnen leiden, lijkt van belang te zijn dat de eventuele verantwoordelijkheid van de toezichthouder veelal gezien wordt als een afgeleide. De (juridische) verantwoordelijkheid voor de schadetoebrengende gebeurtenis en de schade van het slachtoffer ('S') is immers veelal in eerste instantie gelegen bij diegene op wie het toezicht wordt uitgeoefend (de primaire dader 'D'), want naast de mogelijke fout van de toezichthouder ('T') staat vaak een (omvangrijkere) fout van die D.

Een en ander laat echter onverlet dat er tegenwoordig meer en meer op vertrouwd wordt dat de toezichthouder zijn werk goed zal doen en, indien nodig, zal voorkomen dat er schade kan ontstaan.¹ Of dit vertrouwen ook in rechte gehonoreerd moet worden, zal in dit boek nader onderzocht worden. De belangrijkste reden om in dergelijke gevallen de toezichthouder aan te spreken, is (uiteraard) een financiële: de toezichthouder is solvent, de eigenlijke dader niet. De vraag of, en zo ja, in hoeverre, dit gegeven invloed heeft op de potentiële aansprakelijkheid van de toezichthouder, zal in dit hoofdstuk in § 3 aan bod komen. Voordien volgt een nadere omschrijving van wat hier met de term 'afgeleide aansprakelijkheid' bedoeld wordt (§ 2).

2 Wat is afgeleide aansprakelijkheid?

De mogelijke aansprakelijkheid van toezichthouders is vaak een, in mijn terminologie, *afgeleide* aansprakelijkheid. Naast de toezichthouder als aangesproken partij, de 'secundaire' dader, de 'peripheral tortfeasor' ofwel de 'zijdelingse laedens', staat een medeveroorzaker, of eigenlijk: de hoofdveroorzaker, de persoon die ik de 'eerstegraads' of 'primaire' dader ('D') noem.² Dat is degene die de schade eigenlijk heeft toe-

1 Vgl. Barendrecht 1999, p. 83.

2 Zie over de hier gebruikte terminologie ook reeds Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1676. Zie over de notie van 'de zijdelingse laedens' (ook wel: 'peripheral tortfeasor') ook nog Van Boom 1997, p. 135 e.v. en bijvoorbeeld *Marc Rich & Co AG v. Bishop Rock Marine Co Ltd. (The Nicholas H)* [1995] 3 All ER 307, op p. 331. In gevallen van beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van een derde, waarover uitvoerig Van den Akker 2001, kan een vergelijkbare vorm van aansprakelijkheid een rol spelen, in die zin dat de derde de beroepsbeoefenaar in plaats van

gebracht, degene die causaal gezien de – om het plat te zeggen – grootste ‘fout’ gemaakt heeft.³ Denk bijvoorbeeld aan de exploitant van een vuurwerkopslagplaats of de cafébaas in relatie tot de toezichthoudende gemeenten. Denk ook aan degene die een vuurwapen gebruikt, de dood van een ander tot gevolg hebbende, in relatie tot de fabrikant van dat vuurwapen.⁴ Ook de PVK en de toenmalige Vereniging voor de Effectenhandel (VvdE) waren in de *Vie d’Or*- en *Nusse Brink*-affaires niet in de eerste plaats verantwoordelijk voor de ingetreden schade van de verzekeringsnemers en beleggers. De Rechtbank Den Haag liet zulks ook duidelijk blijken.⁵ Maar in al deze gevallen werden of worden deze toezichthouders wel in rechte betrokken, en soms met succes, ondanks dat ze ‘slechts’ ‘dader in de tweede graad zijn’.⁶

Ter vermijding van misverstanden stel ik overigens voorop dat de benaming als secundaire of primaire dader niet zo begrepen mag worden dat de ene (secundaire) dader *niet* aansprakelijk zou zijn in verband met de aanwezigheid van de andere (ook) aansprakelijke dader. Lord Mackay stelt te dien aanzien:⁷

‘It is plain (...) that the fact that the damage, on which a claim is founded, was caused by a human agent quite independent of the person against whom a claim in negligence is made does not, of itself, preclude success of the claim, since breach of duty on the part of the person against whom the claim is made may also have played a part in causing the damage.’

In principe is de aansprakelijkheid naar Nederlands recht, ervan uitgaande dat de schade dezelfde zal zijn en er *condicio sine qua non*-verband bestaat, een ‘gewone’ hoofdelijke aansprakelijkheid waarvoor art. 6:102 lid 1 BW geldt: elk van de daders

zijn eigen wederpartij zal aanspreken indien die wederpartij bijvoorbeeld insolvent blijkt. Denk hier in het bijzonder ook aan de aansprakelijkheid van de accountant ten opzichte van derden.

- 3 Vgl. Von Bar 1996, Rdn. 100; Jurgens 1996, p. 203; Fairgrieve, EBLR 1999, p. 19; Barendrecht, NJB 2003, p. 957. Vgl. ook nog *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 326.
- 4 Waar anders dan in de Verenigde Staten zou zich een discussie over de aansprakelijkheid van vuurwapenfabrikanten kunnen afspelen. Zie bijvoorbeeld: Case note HLR 2001, p. 717 e.v. De vuurwapenfabrikanten genieten overigens een vrij vergaande immuniteit van aansprakelijkheid.
- 5 Zie Rb. Den Haag 13-6-2001, JOR 2001, 215 (*Vie d’Or*/PVK), r.o. 3.7. In hoger beroep speelde dat veel minder, zie Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (*Vie d’Or*). De Hoge Raad heeft recent wel uitdrukkelijk laten doorschemeren (bij afwijzing van aansprakelijkheid van de toezichthouder en secundaire dader) het van belang te achten dat er een primaire dader was, zie HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), r.o. 3.4 en 3.7.1.
- 6 Zie Hartlief 2003a, p. 503, ten aanzien van de aansprakelijkheid van een notaris, en Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), p. 54. Dit geldt zeker ook voor de overheid, zodat het logisch is dat ook de regering er op wijst dat er ook in die gevallen een primaire dader eerstverantwoordelijke is, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 1, p. 6.
- 7 *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] 1 AC 241; [1987] 1 All ER 710, op p. 720 (per Lord Mackay). Zie ook nog *Perret v. Collins and Others* [1998] EWCA Civ 884 (per Buxton LJ).

is voor de gehele schade aansprakelijkheid, met de mogelijkheid van onderling verhaal.⁸ Dat betekent dan ook dat de eiser de keuze heeft wie van de daders hij aanspreekt tot vergoeding van zijn schade.⁹

Het ‘probleem’ in verband met de notie van afgeleide aansprakelijkheid is echter dat het, als gezegd, in eerste instantie niet de gedaagde was die (het grootste deel van) de schade veroorzaakte, maar de primaire dader,¹⁰ zodat het niet direct rechtvaardig of ten minste niet voor de hand liggend lijkt om (alleen) die secundaire dader aan te pakken.¹¹ Hij is immers niet de hoofdverantwoordelijke. Mcivor zegt het zo:¹²

‘(...) what causes these decisions to conflict so sharply with instinctive notions of natural justice is the fact that there are clearly other parties who are more closely and directly involved with the harm, and who have played a much more significant role than the defendant as regards its infliction (...).’

Honoré geeft ook aan dat niet-voorkomen van schade als minder erg wordt gezien dan het toebrengen ervan, ook als de gevolgen op zich gelijk zijn:¹³

‘At any rate, feeling is in practice more often directed against the person who did the harm than the person who abstained from preventing it. Even when the harm is equal (...) the agent is not regarded as on a level with the non-intervener.’

Niet alleen vanuit het idee van ‘natural justice’, maar ook vanuit de preventiegedachte dienen de prikkels in beginsel in de eerste plaats bij de primaire dader terecht te

8 Zie bijvoorbeeld HR 4-11-1955, NJ 1956, 1 nt. LEHR (London & Lancashire/Huygen) en HR 24-12-1999, NJ 2000, 351 nt. CJHB (Nugteren/Meskes); Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 95 en 458 e.v.; Van Dam 2002, p. 37; Van Dijk, NTBR 2003, p. 188, en over hoofdelijkheid in dit soort gevallen in relatie tot toezichthouders, Van Boom 1997, p. 147-152; Hartlief 2003, p. 43; Hartlief 2003a, p. 505 en 507. Zie ook Jurgens 1996, p. 202, die zelf overigens, doch mijns inziens ten onrechte, meent dat dit ex art. 6:98 BW ook anders zou kunnen of moeten zijn (zie p. 203) gezien het secundaire karakter van de fout van de toezichthouder (in haar geval: de overheid).

9 Zie HR 2-11-2001, NJ 2002, 24 (V./Ontvanger), en Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 105.

10 Expliciet in die zin *Alexandrou v. Oxford* [1993] 4 All ER 328, op p. 334 (per Glidewell LJ). Zie verder bijvoorbeeld Haan-Kamminga 2003, p. 118 en 121.

11 Zie vrij expliciet in deze zin *Davis v. Ratcliffe* [1990] 1 W.L.R. 821, op p. 827 (per Lord Goff). Zie ook Jurgens 1996, p. 203 en vgl. HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), r.o. 3.4 en 3.7.1; Hartlief 2003, p. 43, en Haan-Kamminga 2003, p. 118 en 121. Indien de secundaire ‘dader’ ook het slachtoffer is, met andere woorden, als het uiteindelijke slachtoffer zelf toezicht had moeten uitoefenen op de primaire dader, zal het leerstuk van eigen schuld om de hoek komen kijken. Met name in het bouwrecht speelt dit een belangrijke (en niet onomstreden) rol, zie nader Van den Berg 1993.

12 Mcivor, CLJ 2001, p. 125. Zie ook Von Bar 1996, Rdn. 100 en Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 459 (die sprekend over hoofdelijkheid, aangeeft dat het rechtsgevoel het meest bevredigd wordt indien elke dader bijdraagt naar de zwaarte van zijn vergrijp).

13 Honoré 1999, p. 61.

komen.¹⁴ Deze is meestal immers de ‘cheapest cost avoider’, degene die het best in staat is de schade te voorkomen.¹⁵ De reden om echter toch de zijdelingse laedens aansprakelijk te stellen, is bekend: deze zal solvabel zijn waar de eerstegraads dader dat vaak niet of in onvoldoende mate is.¹⁶ Deze primaire dader is met regelmaat ‘judgment-proof’.¹⁷ In zo’n geval kan (of moet) de tweedegraads dader aangesproken worden, zodat langs die weg alsnog enige prikkels om voorzorgsmaatregelen te nemen, kunnen uitgaan richting de primaire dader.¹⁸ Een tweede reden om de toezichthouder aan te spreken, kan hierin gelegen zijn dat de primaire dader niet meer te traceren is.¹⁹

3 Gevolgen voor de beoordeling van de aansprakelijkheid?

3.1 Geen uitsluiting van aansprakelijkheid

Ik gaf al aan dat redenerend vanuit de normale regels van het (Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht, zich hier niet echt een probleem voordoet. Heeft de zijdelingse laedens een fout gemaakt, dan is hij aansprakelijk, ook al is het evenzeer mogelijk om ook naar een fout van een ander te wijzen. De aangesprokene dient dan maar regres te zoeken bij de primaire dader.²⁰ Heeft hij geen fout gemaakt, dan gaat hij gewoon vrijuit. Echter, het voornoemde instinctieve gevoel ‘de verkeerde te pakken te hebben’ zal met zich (kunnen) brengen dat de aansprakelijkheid van toezichthouders en andere

14 Zie Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1677, alwaar er overigens ook op gewezen wordt dat van de aansprakelijkheid van de zijdelingse laedens (de toezichthouder, hier: de overheid), ook bepaalde preventieve prikkels uitgaan. Zie hierna en zo ook Barendrecht, NJB 2002, p. 609.

15 Zie hierover in de context van toezichthouders nader De Mot, NJB 2001, p. 1670. Zie ook Hol 1995, p. 63.

16 Van Dam 2000, nr. 1302 en 1404; Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1676; Van Dijk, NTBR 2003, p. 188; Hartlief 2003, p. 43, en ver voordien al Drion 1958, p. 3. Een bekend voorbeeld van een solvante dader en ‘deep pocket’ is de accountant, vgl. Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), p. 19 en p. 57. De Franse risicoaansprakelijkheid van art. 1384 Cc, zie § VII.2.2.1, is mede hierop gebaseerd, zie Galand-Carval 2003, p. 91.

17 Zelfs als dat niet zo is, en de dader wel solvent genoeg is (bijvoorbeeld omdat de handeling van de onder toezicht gestelde slechts één slachtoffer gemaakt heeft en de onder toezicht gestelde verzekerd is), blijft staan dat het hier om een zelfstandig verwijt aan de toezichthouder gaat en moet gaan (zie § 3.1 hierna). Dus ook in de gevallen waarin de primaire dader wel solvent is, kan de toezichthouder aansprakelijk gesteld worden en kan dat voordelig zijn omdat er bijvoorbeeld minder executieperikelen te verwachten zijn.

18 Het betreft een ‘principal-agent’ probleem, zie hierover Polinsky 2003. Ook de zijdelingse laedens zal moeilijkheden ondervinden om de primaire dader tot voorzorg te bewegen, maar hij zal wel proberen die primaire dader te controleren omdat hij anders zelf moet betalen. Daarvoor lijkt een schuldaansprakelijkheid het beste te werken, zie Dari Mattiacci/De Geest 2003. Zie over het begrip ‘judgment-proof’ ook nog Faure/Hartlief 2002, p. 75 e.v.; De Mot, NJB 2001, p. 1673.

19 Zie bijvoorbeeld Coulon 2003, nr. 401.

20 Ik ga daar in deze studie niet nader op in, en ga dus ook voorbij aan de bepaling en weging van de veroorzakingsaandelen van beide daders.

tweedegraads daders minder snel aanvaard wordt. En dat komt dan nog bovenop de nog te bespreken terughoudende opstelling die aansprakelijkheid wegens nalaten (nog steeds) met zich lijkt te brengen.²¹

Of die consequentie in haar volle omvang (géén civielrechtelijke aansprakelijkheid, want de verantwoordelijkheid is slechts een ‘afgeleide’²²) in alle gevallen juist is, dient echter ten zeerste betwijfeld te worden. Sterker nog, dat gevolg dient van de hand gewezen te worden.²³ Immers, men dient er wel op bedacht te zijn dat de toezichthouder die speciaal als toezichthouder aan het werk is gezet en wiens taak nu eenmaal ‘het houden van toezicht’ is, hier een zelfstandig verwijt treft.²⁴

Bovendien, een toezichthouder zal *altijd* alleen maar een afgeleide verantwoordelijkheid hebben ten opzichte van derden volgens de hiervoor gegeven omschrijving. Er kan ten opzichte van zo’n toezichthouder immers altijd een eerstegraads dader aangewezen worden die de eerstverantwoordelijke is voor de schade, schade die de toezichthouder enkel niet (alsnog) voorkomen heeft. Het wezen van toezicht uitoefenen is nu eenmaal dat gelet wordt op het handelen van een ander. Accepteren dat afgeleide verantwoordelijkheid niet tot aansprakelijkheid leidt, zal betekenen dat een toezichthouder eigenlijk nooit op zijn foutieve gedrag zal kunnen worden aangesproken, omdat deze zich steeds weer zal kunnen verschuilen achter die afgeleide verantwoordelijkheid. Dat lijkt te ver de andere kant op door te slaan en verkeerde prikkels (geen preventie van onzorgvuldig gedrag door de toezichthouder) af te geven.

3.2 Geen uitsluiting, maar wel beperking van aansprakelijkheid?

3.2.1 Inleiding

Een uitsluiting van aansprakelijkheid voor toezichthouder en andere secundaire daders zit er dus niet in. Een vervolgvraag is echter of zo’n secundaire dader niet toch tot op zekere hoogte tegemoet gekomen zou moeten worden, bijvoorbeeld door diens aansprakelijkheid te beperken.²⁵

21 Zie hoofdstuk IV hierna en vgl. Hartlief 2003, p. 43 (‘met steeds meer argwaan gevolgd’); Hartlief 2003a, p. 506. ‘Aansprakelijkheid voor nalaten’ en ‘afgeleide aansprakelijkheid’ gaan overigens dikwijls samen. Omdat een afgeleide verantwoordelijkheid vaak ziet op gevallen waarin iemand eventueel zou kunnen ingrijpen ter correctie van wat een ander deed, zal de aansprakelijkheid van die persoon of instantie met name spelen als dat ingrijpen nagelaten werd.

22 Zoals bijvoorbeeld in *Davis v. Ratcliffe* [1990] 1 W.L.R. 821; 2 All ER 536.

23 Vgl. ook HR 9-7-2004, JOL 2004, 410 (Groningen/Lammers), waarin het verweer van de Gemeente, in de kern luidend dat het hier om afgeleide schade zou gaan, verworpen werd (vgl. r.o. 3.10-3.11).

24 Met klem zo Hartlief 2003, p. 44.

25 Barendrecht, NJB 2003, p. 957, toont zich een groot voorstander van tussenoplossingen (en dus een beperking van aansprakelijkheid) als het om toezichthouders gaat.

3.2.2 *De positie van de overheid bij rampen: subsidiariteit?*

Eerder heb ik, met Van Boom, de situatie ten aanzien van de overheid als secundaire dader besproken.²⁶ Het ging daarbij met name om de afwikkeling van aansprakelijkheid voor gezondheidsschade na een ramp. Wij constateerden (ook toen) dat het niet direct billijk lijkt te zijn om de overheid met alle schade op te zadelen. Bovendien, een vergaande aansprakelijkheid van de overheid verdraagt zich slecht met de individuele aansprakelijkheid van de burger en de ondernemer. Is die eigen verantwoordelijkheid van de burger om schade voor anderen te voorkomen en om schade voor zichzelf te vermijden, opeens helemaal van de baan zodra een overheidslichaam in actie had kunnen komen?²⁷ De vraag is retorisch, maar daarmee niet minder belangrijk.²⁸

De preventie van zware ongevallen en rampen op het niveau van de betrokken ondernemingen zal immers niet erg gestimuleerd worden indien het na elke ramp mogelijk is om (meteen) terug te vallen op de overheid zonder dat eerst getracht moet worden de schade te verhalen op de primair verantwoordelijke. Zeker wanneer de overheid snel bereid zal zijn 'iets' te doen, is dat vaak de eenvoudigste weg voor het slachtoffer, met als gevolg dat de daadwerkelijk verantwoordelijke uiteindelijk de kans lijkt te ontspringen en niet tot de benodigde zorgvuldigheid wordt geprikkeld.

Vanuit een oogpunt van preventie lijken derhalve meer dan nu het geval is de eerstverantwoordelijken te moeten worden geprikkeld om te trachten te voorkomen dat zich rampen kunnen voltrekken, en potentiële aansprakelijkheid kan daar uiteraard aan bijdragen.²⁹ Overigens lijken de primair verantwoordelijken ook het beste in staat om maatregelen te nemen. Om die ondernemingen beter te prikkelen, moet de overheid er echter voor zorgen dat het ondernemersrisico (waarbij risico hier staat voor de hoogte van de straf maal de pakkans) bij overtreding van voorschriften zo hoog mogelijk is. De overheid moet derhalve op haar beurt ook weer geprikkeld worden om anderen te prikkelen, en daar kan overheidsaansprakelijkheid bij helpen.³⁰

26 Zie Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1676-1677, waaraan het navolgende schatplichtig is. In hoofdstuk V ga ik nogmaals in op de positie van de overheid. Ik ga er daar vanuit dat het voorstel uit deze paragraaf niet overgenomen wordt. De conclusie aldaar dat de overheid weinig kan inbrengen tegen aansprakelijkheid (als toezichthouder), is wellicht een extra reden om steun te verlenen aan de gedachte zoals die hier uiteen gezet wordt.

27 Zie daarover bijvoorbeeld Haak, NTBR 2001, p. 211; Eijlander/Van Gestel, NJB 2001, p. 1655 e.v. Vgl. ook Stolker, Levine & De Bel 2001, p. 120, en Jurgens, NJB 2000, p. 1281. Zie verder nog Barendrecht 1999, p. 83, die aangeeft dat de verantwoordelijkheid in beginsel subsidiair zou kunnen zijn.

28 De kabinetsplannen van het kabinet Balkenende-II zoals geopenbaard sedert september 2003, beklemtonen een- en andermaal de eigen verantwoordelijkheid van de burger. Het voorgaande wil echter niet zeggen dat ik dat tamboereren op de trommel die 'eigen verantwoordelijkheid' heet, steeds of meestal deel.

29 Zo voorkomt men meteen het gevaar dat de onder toezicht gestelde niet meer oplet omdat er toch ene toezichthouder is die moet opletten.

30 Zie over preventie en prikkels (de overheid moet geprikkeld worden om toezicht uit te oefenen) ook De Mot, NJB 2001, alsook Stolker, Levine & De Bel 2001, p. 106-107.

Deze uitgangspunten, te weten de primaire verantwoordelijkheid behouden en de overheid prikkelen, kunnen worden verenigd in *subsidiare aansprakelijkheid* van de overheid, dat wil zeggen dat de overheidsaansprakelijkheid alleen ingeroepen kan worden als de eerstverantwoordelijke om een of meer bepaalde redenen, zoals bijvoorbeeld onvindbaarheid of insolventie, niet (volledig) aansprakelijk gesteld kan worden. Die subsidiariteit kent men bijvoorbeeld in Duitsland waar het gaat om de aansprakelijkheid van de overheid³¹ en notarissen.³² In het huidige Nederlandse recht lijkt de zijdelingse laedens echter geen bijzondere behandeling te krijgen: als hij toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, is hij onvoorwaardelijk voor de gehele schade aansprakelijk.³³

Subsidiare aansprakelijkheid kan een zinvolle optie zijn, maar daarbij moet wel worden opgemerkt dat het opwerpen van een drempel voor overheidsaansprakelijkheid vooral praktische betekenis zal toekomen bij kleinschalige schadegebeurtenissen, omdat de financiële draagkracht van de primair aansprakelijke juist bij grootschalige rampen begrensd zal blijken.³⁴ Anderzijds wordt daarmee juist ook benadrukt dat de primair aansprakelijke op zijn civielrechtelijke verantwoordelijkheden dient te worden gewezen en dat de afgeleide aansprakelijke als ‘financieel vangnet’ moet worden gezien voor die gevallen waarin de primair aansprakelijke door de exorbitante schadeomvang ‘judgment-proof’ blijkt te zijn.³⁵

Hartlief heeft tegen deze mogelijkheid van subsidiare aansprakelijkheid aangevoerd dat het argument dat de primair verantwoordelijke onvoldoende geprikkeld zou worden in verband met de zijdelingse aansprakelijkheid van een ander, niet sterk is. Er zouden volgens hem wel voldoende prikkels bestaan voor de primaire dader, gezien de geldende regels van hoofdelijkheid. Onze claim was nu echter juist dat die prikkel er onvoldoende is omdat de primaire dader veelal ‘judgment-proof’ zal zijn, zodat de inderdaad aanwezige hoofdelijke aansprakelijkheid tot niets leidt, en die stelling

31 Een dergelijk systeem wordt in het Duitse overheidsaansprakelijkheidsrecht gehanteerd (§ 839 BGB jo. Art. 34 GG), zie Ossenbühl 1998, p. 78 e.v.; Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. p. 11 e.v., en m.n. p. 115, en bijvoorbeeld Hennekens 2001, p. 86-87, die pleit voor aansluiting bij dit Duitse stelsel.

32 Zie over het Duitse aansprakelijkheidsrecht ten opzichte van notarissen bijvoorbeeld Van den Akker 2001, p. 121 e.v.; Giesen 1999, p. 11 e.v. (algemeen) en p. 90-91 (subsidiariteit), en Boks 2002, p. 19-21. Voor een recente toepassing van de subsidiariteits-gedachte, zie OLG Karlsruhe VersR 2003, 1406.

33 Zie § 2. Het arrest *Staat/Lavrijsen* (HR 30-3-2001, NJ 2003, 615 nt. MS) toont dat het feit dat de benadeelde wellicht een aanspraak op een ander, die het risico van schade in het leven riep, geldend kan maken, er niet aan in de weg staat dat de overheid ook gehouden is de schade te vergoeden, zodat het de benadeelde vrij staat om toch de overheid aan te spreken. Art. 6:102 BW geeft voor dergelijke gevallen de regel dat hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat. Zie nader Van Boom 1997. In Nederland heeft Jurgens, NJB 2000, p. 1281, er voor gepleit een minder vergaande aansprakelijkheid voor de overheid als secundaire dader in te voeren.

34 Zo ook Faure/Hartlief 2001, p. 172.

35 Zie over dat probleem vooral ook De Mot, NJB 2001, en verder Polinsky 2003.

weerlegt Hartlief niet.³⁶ Zijn stelling dat de toezichthouder een zelfstandig en apart verwijt gemaakt wordt zodat er geen inefficiënte cumulatie met de aansprakelijkheid van de 'echte' dader is, onderschrijf ik.³⁷ Zulks laat echter onverlet dat beide aansprakelijkheden in nauw verband staan met elkaar. De toezichthouder wordt immers verweten de aansprakelijkheidsscheppende handeling van de ander niet voorkomen te hebben. Helemaal los te koppelen zijn beide feitencomplexen dus niet.

De keerzijde van de aanvaarding van zo'n subsidiaire aansprakelijkheid zou dan wel moeten zijn dat die aansprakelijkheid, indien inroepbaar, eenvoudig te bewerkstelligen is. Gedacht kan worden aan een fonds³⁸ of wellicht aan een vorm van risicoaansprakelijkheid. Een en ander zou er dan op neer komen dat de overheid in geval van letselschade of bij rampen slechts subsidiair aansprakelijk gesteld kan worden, maar indien de beletselen daarvoor wegvallen, de aansprakelijkheid ook meteen een risicoaansprakelijkheid is die eenvoudig tot compensatie leidt.

3.2.3 Andere secundaire daders

Is het ten aanzien van de overheid nog mogelijk om op basis van het argument van de bijzondere positie die de overheid inneemt, te concluderen dat de aansprakelijkheid van die overheid als toezichthouder beperkt zou kunnen, en wellicht zelfs moeten worden, bijvoorbeeld via (een vorm van) subsidiariteit, ten aanzien van andere daders is dat veel lastiger, zo niet onmogelijk.

De reden hiervoor is dat er geen enkele reden lijkt te bestaan om onderscheid te maken tussen secundaire daders die (toevallig ook) toezichthouder zijn en daarom secundaire dader zijn, en andere 'secundaire' daders, zoals bijvoorbeeld meneer Huygen, die weliswaar te kort achter De Lange reed en deze daarom raakte toen De Lange moest remmen, maar aan die gebeurtenis toch veel minder 'schuld' had dan Beek. Beek week namelijk uit naar links op het moment dat De Lange hem inhaalde. Huygen werd voor het geheel aansprakelijk geacht en moest maar zien hoe hij verhaal kon halen op Beek.³⁹ Het voorgaande betekent dan wel dat er eventueel een onderscheid tussen 'publieke' en 'private' toezichthouders zal kunnen ontstaan, waarbij de private toezichthouders uiteindelijk strenger worden bejegend. Of de overheid zich

36 Hartlief 2003, p. 43. In noot 16 aldaar onderschrijft hij het 'judgment-proof'-probleem maar stelt hij dat dat niets met zijdelingse aansprakelijkheid te maken heeft. Mijns inziens heeft dat echter alles met elkaar te maken, want juist daardoor komt die zijdelingse aansprakelijkheid in beeld. In Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1583, komt deze kwestie nogmaals aan bod. Het lijkt erop alsof Hartlief (met Tjittes) meent dat Van Boom en ik tegen prikkels voor de toezichthouder zouden zijn, terwijl dat juist wenselijk zou zijn. Dat is echter onjuist, zie NJB 2001, p. 1677 (de tekst voor en na noot 25), en de tekst hiervoor, waar wij (ik) aangeven dat *beide daders* geprikkeld moeten worden om schade te voorkomen.

37 Hartlief 2003, p. 44. Zie ook Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1583.

38 Ik ben me ervan bewust dat fondso oplossingen etc., meestal niet subsidiair zijn, maar veeleer de primaire bron voor vergoeding vormen, zie Dufwa 2003, p. 75, ten aanzien van No-Fault systemen. De noodzaak daarvan is mij echter niet gebleken.

39 Zie HR 4-11-1955, NJ 1956, 1 (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen).

zonder meer kan veroorloven om dat effect toe te staan of in te voeren, verdient wat mij betreft een belangrijke plaats in de rechtspolitieke afweging die de wetgever zal moeten maken.

Het uiteindelijke effect van het voorgaande kan natuurlijk nog beperkt worden doordat in bepaalde gevallen het matigingsrecht van art. 6:109 BW toegepast zou kunnen worden. Afgezien van de vraag of dat vaak een rol zal spelen, gezien de hierbij over het algemeen in acht genomen terughoudendheid,⁴⁰ is die situatie in het geheel niet specifiek voor de aansprakelijkheid van toezichthouders zodat dat aspect hier verder kan blijven rusten.⁴¹

4 Conclusie

‘Afgeleide aansprakelijkheid’ heeft in die zin de schijn tegen dat het gevoelsmatig lastig is te verkopen dat de afgeleide aansprakelijke persoon evenzeer de schade dient te dragen als de primaire dader. De regels van hoofdelijkheid leiden daar echter wel toe. Daar de toezichthouder als afgeleide aansprakelijke uiteindelijk een zelfstandig verwijt treft, is dat ook juist. Voor de overheid is echter betoogd dat in sommige gevallen (gezondheidsschade na een ramp) een subsidiaire (risico)aansprakelijkheid het overwegen waard zou kunnen zijn.

40 Zie met name HR 28-5-1999, NJ 1999, 510 (G./H.).

41 Nader over het matigingsrecht Abas 2001.

IV | Aansprakelijkheid wegens nalaten

1 Inleiding: nalaten, aansprakelijkheid en toezicht¹

Eén van de aspecten die van belang zijn bij de bestudering van de regels van het aansprakelijkheidsrecht als het om toezicht gaat, is dat het in de gevallen waarin een toezichthouder aangesproken wordt, vaak om een *nalaten* van die toezichthouder gaat.² De toezichthouder had moeten ingrijpen en heeft dat niet gedaan. Hij heeft een bepaalde bevoegdheid niet gebruikt waar dat wel kon, heeft bepaalde voorzorgsmaatregelen niet genomen waar dat nodig was, heeft niet gewaarschuwd voor gevaren waar dat gewenst zou zijn, et cetera. Aansprakelijkheid van toezichthouders is dus direct gekoppeld aan het meer algemene vraagstuk van (delictuele) aansprakelijkheid wegens nalaten.³

Dat de eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder regelmatig een aansprakelijkheid voor nalaten zal zijn, brengt specifieke problemen met zich die samenhangen met dat leerstuk als zodanig. Dat ligt dan ten eerste hieraan dat deze vorm van aansprakelijkheid naar Nederlands recht, in verhouding tot aansprakelijkheid voor ‘gewone’ handelingen, minder aandacht krijgt en gekregen heeft.⁴ Dat de aansprakelijkheid er een voor nalaten is, kan in de tweede plaats van belang zijn omdat het hier gaat om een nalaten een schadeveroorzakende toestand te corrigeren. De (causale) bijdrage aan de uiteindelijke schade van de toezichthouder lijkt daarmee gering, in elk geval in vergelijking tot de bijdrage van degene die de schadeveroorzakende toestand in het leven riep,⁵ zodat de rechtvaardiging voor aansprakelijkheid niet steeds direct in het oog springt. Het gaat hier zodoende veelal om de aansprakelijkheid van een

1 Een concept van deze tekst werd in verkorte vorm uitgesproken tijdens de voorjaarsvergadering van de ‘Studiekring Prof.mr. J. Offerhaus’ op 20 mei 2003 te Amsterdam en later in meer uitgewerkte vorm gepubliceerd (Giesen 2004). Dit hoofdstuk is nadien nog aangevuld en bijgewerkt, maar de strekking is niet wezenlijk anders geworden.

2 Zie Giesen, AV&S 2002, p. 103-105, en over aansprakelijkheid wegens nalaten in algemene zin natuurlijk Van Dam 1995.

3 Ik zal ook in dit hoofdstuk alleen ingaan op de buitencontractuele aansprakelijkheid van toezichthouders, eventuele contractuele aanspraken laat ik in beginsel rusten.

4 Uiteraard bestaan er belangrijke uitzonderingen, waarvan ik hier met name Van Dam 1995 noem, die aldaar op p. 40 hetzelfde constateert. De kwestie van het causale verband bij nalaten blijft hier buiten beschouwing, zie nader § X.3; Cane 1999, p. 63; Van Schellen 1972, p. 167 e.v.; Wolfsbergen 1946, p. 19-20.

5 Het kan daarbij natuurlijk ook weer om een ‘nalaten’ gaan.

zogenaamde ‘peripheral tortfeasor’ (een ‘zijdelingse laedens’), een vorm van afgeleide aansprakelijkheid⁶ die pas recent aan een opmars in Nederland is begonnen.⁷

Tegelijkertijd lijkt, in elk geval in een aantal rechtsstelsels, het idee te bestaan dat aansprakelijkheid wegens nalaten in zijn algemeenheid met de nodige terughoudendheid beoordeeld zou moeten worden,⁸ bijvoorbeeld omdat aanvaarding van aansprakelijkheid ook betekent dat er een plicht tot handelen aanvaard moet worden. Die aansprakelijkheid zou daarom minder snel geaccepteerd (mogen) worden, dan wel minder ver (mogen) strekken.

De vraag die ik in dit hoofdstuk zal trachten te beantwoorden, is hoe naar huidig Nederlands recht de aansprakelijkheid wegens nalaten benaderd wordt en zou moeten worden. Wordt bij deze vorm van aansprakelijkheid terughoudendheid betracht of niet en zou dat al dan niet zo moeten zijn? Daarbij zal ik met name ingaan op de argumenten die voor of tegen een degelijke terughoudendheid aangevoerd (kunnen) worden. Die argumenten put ik met name uit het Engelse en Amerikaanse recht omdat men daar vrij expliciet op die argumenten in gaat.⁹ Een en ander wordt waar en voorzover mogelijk toegespitst op de situatie van toezichthouders. Zo zal dus ook de vraag aan bod komen wat het gevolg is van dit alles voor de aansprakelijkheid van toezichthouders.

Het zal niet verbazen dat veel van wat hierna aan bod komt, steunt én voortbouwt op het belangrijke en nog steeds actuele preadvies van Van Dam uit 1995. Ik heb daarvan dan ook dankbaar gebruik gemaakt. Anders dan Van Dam, die zich met name richtte op ‘de verplichtingen om te doen die kunnen worden gebaseerd op het ongeschreven recht’,¹⁰ ligt hier de nadruk op de argumenten die voor of tegen aansprakelijkheid wegens nalaten pleiten, op de weging van die argumenten en op de specifieke positie van toezichthouders voorzover het over nalaten gaat.

De opbouw van dit hoofdstuk ziet er verder als volgt uit. Hierna wordt eerst in algemene zin omschreven wat aansprakelijkheid voor nalaten is en waarom men daarbij terughoudend meent te moeten zijn (§ 2). Daarna ga ik in § 3 specifiek in op het Engelse, Amerikaanse, Franse, Duitse en Nederlandse recht, waarbij de aandacht met name gericht zal worden op de achterliggende argumenten voor of tegen aansprakelijkheid (en minder op ‘het systeem’ of ‘de grondslagen voor aansprakelijkheid’ op zich). Ook het Europese privaatrecht en (de eisen voortvloeiend uit) het EVRM worden in die paragraaf kort besproken. Met een aantal concluderende beschouwingen (§ 4) en een korte vooruitblik (§ 5), sluit ik dit hoofdstuk af.

6 Zie Giesen, AV&S 2002, p. 105 e.v., en hoofdstuk III.

7 Zie bijvoorbeeld Giesen 2003, p. 329-330, en Van Boom 1997, waaruit blijkt dat bestudering van het Engelse en Amerikaanse recht op dit stuk zinvol kan zijn.

8 Zie § 2 hierna; Honoré 1999, p. 42; Deutsch 1995, Rdn. 40, en Lord Hoffmann in *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819, geciteerd in § 3.2.

9 Daarmee is meteen de eerste reden gegeven waarom ik die twee stelsels uitvoerig bespreek voorafgaand aan het Nederlandse recht en tevens waarom het Franse en Duitse recht hierna verhoudingsgewijs minder aandacht zullen krijgen. De andere reden is gelegen in de andere (terughoudende) benadering van het leerstuk die aldaar de heersende leer is.

10 Van Dam 1995, p. 2.

2 Een globale omschrijving van aansprakelijkheid wegens nalaten

Een probleem bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van toezichthouders is, zo bleek al in § 1, dat het daarbij veelal om een nalaten gaat en niet om een doen. De toezichthouder greep niet in waar ingrijpen wel nodig was geweest. Dat speelde bijvoorbeeld ook in de *Vie d'Or*-zaak¹¹ waarin de toenmalige Verzekeringskamer (later: PVK) onder andere verweten werd het beschikbare toezichtinstrumentarium niet of onvoldoende benut te hebben. Zo was er volgens Hof Den Haag ten onrechte geen stille bewindvoerder benoemd.¹²

Gevallen van nalaten kan men vervolgens indelen, in elk geval naar Nederlands recht, in 'zuiver' nalaten en wat ik bij gebrek aan een betere term maar als 'gewoon' nalaten bestempel. Zuiver nalaten ziet op die gevallen waarin de aangesprokene geen bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of de risico's die uiteindelijk de schade hebben doen intreden, maar enkel de realisering van dat gevaar of risico niet heeft tegengehouden of er niet voor heeft gewaarschuwd.¹³ Het zijn meestal de gevallen van zuiver nalaten die stof tot nadenken leveren, zodat ik mij daarmee in het vervolg met name bezig zal houden.

Dat het bij aansprakelijkheid van toezichthouders vaak om een vorm van zuiver nalaten gaat, kan met name daarom problematisch zijn omdat de aansprakelijkheid voor zuiver nalaten over het algemeen als minder verstrekkend en minder snel acceptabel dan een 'gewone' aansprakelijkheid wordt gezien, en het (daarom) in specifieke gevallen lastiger dan gewoonlijk is om vast te (kunnen) stellen dat iemand inderdaad aansprakelijk is.

Om met dat tweede aspect te beginnen. Meestal drukt men het zo uit dat aansprakelijkheid wegens nalaten alleen mogelijk is als er een plicht tot handelen bestond en die plicht geschonden werd.¹⁴ Of er voor de 'dader' een plicht tot handelen bestond, is echter veelal moeilijk te bepalen. Indien een specifieke (wettelijke) regeling tot handelen dwingt, zal er geen probleem rijzen,¹⁵ maar buiten die gevallen zal dat wel het geval zijn. Immers, hoe kan men binnen de diepgewortelde kaders van de individuele handelings-, bewegings- en contractsvrijheid zoals die in onze maatschappij hun belangrijke rol vervullen, zeggen dat een ander iets moet of had moeten doen?¹⁶

11 Zie Rb. Den Haag 13-6-2001, JOR 2001, 215 (*Vie d'Or*/PVK), m.n. r.o. 3.19, en daarover Giesen, AV&S 2002, en Van Dijk, NTBR 2003.

12 Zie Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (*Vie d'Or*), r.o. 7.16. De rechtbank had aansprakelijkheid eerder nog afgewezen.

13 Vgl. Spier (Van Maanen) 2003, nr. 53; Schut 1997, p. 93, en Jansen, NTBR 2001, p. 300.

14 Vgl. Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 27; Du Perron 2002, p. 224; Spier (Van Maanen) 2003, nr. 53; Drion 1958, p. 4; Wolfsbergen 1946, p. 19; Honoré 1999, p. 42 en 47; Charlesworth & Percy 1997, 2-76; *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 806 (per Lord Nicholls); Bright, OJLS 2001, p. 315, en hierna § 3.

15 Van Dam 1995, p. 50.

16 Vgl. Mcivor, CLJ 2001, p. 117 en 118; Lunney/Oliphant 2003, p. 426; Smits 2000, p. 29; Kortmann, OUCFLF 2001, § III.2; Van Dam 1995, p. 2 en 106; Von Bar 1999, Rdn. 194; Weinrib, 90 Yale LJ 247 (1980-1981), p. 279; Niehoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983), op p. 106.

Wat bij de bepaling van een dergelijke plicht tot handelen, waarover zo meteen in § 3 meer, meespeelt, in elk geval op de achtergrond, is dat aansprakelijkheid in dit soort gevallen over het algemeen de uitzondering vormt of zou moeten vormen (het eerstgenoemde aspect). In gevallen van zuiver nalaten zal een verplichting tot handelen over het algemeen minder snel gegeven zijn.¹⁷ Op dit terrein is er in elk geval sprake van terughoudendheid als het over het *Engelse* recht gaat.¹⁸ Er wordt zelfs gerept van ‘hostility’ en ‘unwillingness’ ten opzichte van de aanvaarding van aansprakelijkheid.¹⁹ Eenzelfde terughoudendheid, en bijgevolg minder strenge aansprakelijkheid bij nalaten, zien wij ook terug in de *Verenigde Staten*.²⁰ Voor het *Franse* en *Duitse* recht is een dergelijke terughoudendheid buiten gevallen van zuiver nalaten minder evident,²¹ net zoals dat het geval is naar *Nederlands* recht (waarover § 3.6).²²

De reden voor de genoemde terughoudendheid is met name, zo bleek ten dele al, dat een plicht tot handelen een (té grote) inbreuk op ieders individuele vrijheid maakt. Het zou onbillijk zijn om het ‘onschuldige’ individu met de kosten en lasten van zulk handelen op te zadelen.²³ Ook de vrees dat aanvaarding van een plicht tot handelen de sluizen van aansprakelijkheid wagenwijd open zal zetten (‘floodgates’), zal een rol spelen. Het zal immers regelmatig zo zijn dat de plicht om te handelen op een grote, onbepaalbare en moeilijk af te bakenen groep van personen die allemaal

17 Zie ook Jansen, NTBR 2001, p. 300.

18 Zie bijvoorbeeld *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 806 (per Lord Nicholls); Van Gerven c.s. 1999, p. 56; Lunney/Oliphant 2003, p. 424; Von Bar 1996, Rdn. 334; Oliphant 2003, nr. 27. Die terughoudendheid uit zich dan in het niet aanvaarden van een ‘duty of care’ van de gedaagde jegens de benadeelde. Zie over het Engelse recht verder bijvoorbeeld Van Dam 2000, nr. 1605 (er is een speciale relatie nodig voor aansprakelijkheid); Smits 2000, p. 9; Kortmann, OUCFL 2001; Mcivor, CLJ 2001, p. 109 e.v., en Bright, OJLS 2001, p. 311 e.v. Overigens constateert Fairgrieve, P.L. 2002, p. 294, dat het belang van het ‘duty’-vereiste in deze afneemt.

19 Zie Markesinis/Deakin 1999, p. 137 en 138, en ook al Markesinis, LQR 1989, p. 104 en 112.

20 Zie bijvoorbeeld § 315 Restatement (2nd) of Torts, en daarover Epstein 2000, p. 606 e.v. Vgl. verder Niehoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983), op p. 106; Van Dam 2000, nr. 1606, en Smits 2000, p. 10-12.

21 Ik ga in § 3.4 en § 3.5 nog kort in op deze twee stelsels. Ik memoreer hier vast dat men daar wel terughoudend is ten aanzien van zuiver nalaten (de gevallen dat er geen speciale relatie bestaat met de dader, het slachtoffer of een zaak), aldus Van Dam 2000, nr. 1603 (Frans recht; aansprakelijkheid voor zuiver nalaten alleen bij opzet of bewust nalaten) en 1604 (Duits recht; aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten bij opzettelijk schade veroorzaken in strijd met goede zeden). Zie verder Coulon 2003, no. 224-226; Markesinis, LQR 1989, p. 104; Kortmann, OUCFL 2001, § IV.2 en IV.3, en Smits 2000, p. 7-8. Specifiek voor Duitsland: Deutsch 1995, Rdn. 40. Volgens Van Gerven c.s. 1999, p. 78, is er weinig verschil tussen aansprakelijkheid voor handelen en nalaten in Frankrijk en Duitsland, maar zij richten zich niet op ‘zuiver nalaten’.

22 Zie nader Van Dam 1995, p. 105, en Van Dam 2000, nr. 1601-1602 (wel terughoudendheid bij zuiver nalaten). Spier (Van Maanen) 2003, nr. 53, gaat ervan uit dat bij zuiver nalaten de eisen voor aansprakelijkheid strenger zijn.

23 Daarover Mcivor, CLJ 2001, p. 123; Lunney/Oliphant 2003, p. 424 en 426; Smits 2000, p. 29; Kortmann, OUCFL 2001, § III.2; Van Dam 1995, p. 2 en 106. Vgl. ook Coulon 2003, no. 217 e.v., en met name no. 224.

iets hadden kunnen doen, zou kunnen rusten.²⁴ Daaraan gekoppeld wordt dan vaak de vrees dat de dreiging van aansprakelijkheid ervoor zou kunnen zorgen dat mensen (onnodig) hun gedrag gaan aanpassen, te terughoudend worden bij hun handelen ('defensive conduct').²⁵ Verder wordt er bijvoorbeeld op gewezen dat het niet de bedoeling kan zijn dat degene die het ongeval niet voorkomt, op dezelfde wijze aansprakelijk zou zijn als degene die het veroorzaakt.²⁶ Dit laatste punt betreft dan de zogenaamde 'afgeleide' aansprakelijkheid, waarop in hoofdstuk III al nader werd ingegaan.

De algemene terughoudendheid inzake de aansprakelijkheid voor nalaten komt natuurlijk direct tot uiting in het tweede aspect, te weten de zojuist al besproken geringe neiging om specifieke plichten tot handelen te ontwaren (zelfs indien het nalaten tot letselschade geleid heeft), zodat ook ten aanzien van de aansprakelijkheid wegens schending van dergelijke plichten de boot afgehouden wordt. Aansprakelijkheid voor nalaten is echter niet helemaal (beter: helemaal niet) uitgesloten, zoals hierna nog zal blijken.

3 Aansprakelijkheid wegens nalaten veronderstelt een plicht tot handelen

3.1 Inleiding

Aansprakelijkheid wegens nalaten veronderstelt een plicht tot handelen, zo kwam hiervoor al kort naar voren, terwijl die plicht bovendien geschonden dient te zijn. Hoe komen wij het bestaan van dergelijke plichten om te handelen op het spoor?

24 Zie Lord Hoffmann in *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819 (ook met betrekking tot het hiervoor genoemde argument); *Davis v. Ratcliffe* [1990] 2 All ER 536, op p. 541 (per Lord Goff); Lunney/Oliphant 2003, p. 424, en Bright, OJLS 2001, p. 325. Vgl. tevens nog Drion 1958, p. 12 en 19. Ronduit afwijzend ten opzichte van het 'floodgates'-argument is *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865, op p. 891 (per Stuart-Smith).

25 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van toezichthouders ('defensive supervision') Daalder 1998, p. 401; Giesen 2003, p. 330-331, en Markesinis/Deakin 1999, p. 150. Zie over dit 'chilling effect' van aansprakelijkheid in verband met overheidshandelen nader Markesinis, CLJ 2000, p. 301 en 303, die aangeeft dat cijfers hieromtrent ontbreken; Craig & Fairgrieve, P.L. 1999, p. 635-636, en Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 12, 13 en p. 123-125. Zie ook nog EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 nt. EAA (Osman/Verenigd Koninkrijk), § 141-151, en Hol 1995, p. 62, over 'defensive policing', alsmede Cane 1999, p. 67; Vranken, WPNR 6428 (2001), p. 16, en § 3.7.

26 Zie daarover Van Dam 2000, nr. 1604, op p. 444, alsmede Von Bar 1996, Rdn. 100, die erop wijst dat de mogelijke aansprakelijkheid betrekking heeft op een causaal gezien verder verwijderde handelwijze. Vgl. verder *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 326 (per Lord Diplock).

3.2 De 'duty of care' in Engeland bij 'omissions'

Naar *Engels* recht dient men er wel voor te zorgen een ander geen schade toe te brengen, maar er bestaat geen algemene plicht om te handelen ten behoeve van een ander, bijvoorbeeld om te voorkomen dat een derde die ander schade toebrengt of die ander juist een derde schaadt.²⁷ Dat aansprakelijkheid wegens nalaten, via de 'tort of negligence',²⁸ 'terughoudend' benaderd wordt, is dus nog steeds geldend recht,²⁹ zoals ook blijkt uit de rechtspraak. Ik wijs op hetgeen Lord Hoffmann te dien aanzien stelde:³⁰

'It is one thing for the law to say that a person who undertakes some activity shall take reasonable care not to cause damage to others. It is another thing for the law to require that a person who is doing nothing in particular shall take steps to prevent another from suffering harm from the act of third parties (...).'

Twee relativeringen zijn hierbij echter direct nodig. De eerste is dat een geval van 'nonfeasance' of 'omission' (nalaten) vaak even goed behandeld had kunnen of zelfs had moeten worden als een geval van 'misfeasance' (niet correct handelen).³¹ Het onderscheid is derhalve lastig te maken en kan eenvoudig omzeild worden. Er wordt soms ook wel (enigszins prikkelend) gesteld dat elk nalaten ook als een onjuist handelen omschreven zou kunnen worden.³² De tweede relativering is dat de relatie

27 Zie Rogers 1998, p. 117; Markesinis/Deakin 1999, p. 138; Van Gerven c.s. 1999, p. 67 en 71; Cane 1999, p. 61; Van Dam 2000, nr. 511; Van Dam 1995, p. 7; *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 326 (per Lord Diplock). Zie ook (de cirkelredenering in) *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] 1 All ER 710, op p. 729 (per Lord Goff): 'the fundamental reason is that the common law does not impose liability for what is called pure omissions'. Aansprakelijkheid voor nalaten wordt in elk geval, zo is wel duidelijk, anders behandeld dan aansprakelijkheid voor handelingen, zie ook Markesinis, CLJ 2000, p. 300 en 302.

28 Eventuele andere grondslagen die voor toepassing in aanmerking zouden kunnen komen, laat ik nu verder buiten beschouwing (zie echter nog § XI3.1).

29 Technisch-juridisch gesproken geschiedt dat in beginsel onder de derde fase van de zogenaamde *Caparo*-test (de test waarmee bepaald wordt of aanvaarding van een 'duty of care' acceptabel is, zie *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605; [1990] 1 All ER 568, en bijvoorbeeld Rogers 1998, p. 96 e.v., en Markesinis/Deakin 1999, p. 80 e.v., voor een overzicht van deze materie), en dus bij de vraag of het in het licht van 'public policy' 'fair, just and reasonable' is om zo'n plicht te accepteren.

30 Zie *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819. Vgl. ook Lord Nicholls op p. 806.

31 Rogers 1998, p. 118-120; Cane 1999, p. 60; Van Dam 1995, p. 7; Van Dam 2000, nr. 511; *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 806 (per Lord Nicholls).

32 Vgl. in deze Lunney/Oliphant 2003, p. 426, voortbouwend op Hart/Honoré 1985, p. 138. Ik kom hierop nog terug in § 4.

tussen de partijen of een andere factor alsnog kan meebrengen dat er (toch) een ‘duty’ bestaat.³³

Dat is ten eerste het geval bij afhankelijkheidsrelaties, zoals de gevallen waarin de gedupeerde (S) onder de zorg of de controle van de gedaagde (T) staat en zichzelf niet kan beschermen. Zo dient bijvoorbeeld een school zorg te dragen voor de gezondheid en veiligheid van haar leerlingen en deze te beschermen tegen verwondingen (door een andere leerling).³⁴ Iets ruimer bezien, dient een school redelijk toezicht op de leerlingen te houden, waarbij erop gelet dient te worden dat er een balans gevonden wordt tussen voorzichtigheid en terughoudendheid aan de ene kant en de ontwikkeling en onafhankelijkheid van de kinderen aan de andere kant. De voorzienbaarheid van het gevaarlijke gedrag van de schadeveroorzakende leerling en de mogelijkheid om zulks te voorkomen, zijn daarbij expliciet van belang, zodat niet elk ongeluk ten gevolge van ‘ordinary playful behaviour by children in a school’ tot aansprakelijkheid zal leiden.³⁵ Meer algemeen zou in dit soort situaties de regel kunnen gelden dat zo’n ‘duty’ (alleen) bestaat in gevallen waarin de aangesprokene enig ‘voordeel’ geniet van de relatie met de eiser, het slachtoffer.³⁶ Anderen stellen dat de verbinding tussen de diverse gevallen gelegen is in de aanwezigheid van ‘proximity’, de ‘nabijheid’ tussen partijen.³⁷

Ook de relatie tussen de aangesprokene (T) en de primaire dader (D) kan een reden zijn om een plicht te aanvaarden.³⁸ In dat kader is de zaak *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.* van belang. Zeven jeugddelinquenten ontsnappen uit het speciale heropvoedingsinstituut op een eiland terwijl hun begeleiders, tegen de instructies in, alledrie lagen te slapen. In de haven namen de jongens een bootje en ramden zij het jacht van de eiser, waarna zij er aan boord gingen en nog meer schade toebrechten. Volgens het *House of Lords* bestond er voor de gedaagde een ‘duty’ ten opzichte van de jachteigenaar. Lord Morris baseert die ‘duty’ op het gegeven dat de opzichters bevoegd waren de controle over de jongens uit te oefenen zodat er een speciale relatie

33 Zie (de overzichten bij) Rogers 1998, p. 118 en 120 e.v.; Markesinis/Deakin 1999, p. 138; Van Gerven c.s. 1999, p. 71; Honoré 1999, p. 55 e.v.; Cane 1999, p. 61 e.v.; Smits 2000, p. 9; Van Dam 2000, nr. 512; Van Dam 1995, p. 7-8. Zie verder Lord Goff in *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] 1 All ER 710, op p. 730-731.

34 Zie *Bradford-Smart v. West Sussex CC* [2002] EWCA Civ 7, nr. 28. Vgl. verder Elvin, CLJ 2002, p. 255; Lunney/Oliphant 2003, p. 444; Rogers 1998, p. 120; Charlesworth & Percy 1997, 8-130 en 8-135; (obiter) *X (minors) v. Bedfordshire CC* [1995] 3 All ER 353, op p. 368 (per Lord Browne-Wilkinson), en *Barnes v. Hampshire County Council* [1969] 1 W.L.R. 1563.

35 Zie *Susan Moore v. Kirklees Metropolitan Council* [1999] EWCA Civ 1326, waarin overigens specifiek ervoor gewaarschuwd werd de uitkomst niet te zeer te veralgemeniseren omdat de specifieke feiten die uitkomst dicteerden. Vgl. over het voorgaande ook Charlesworth & Percy 1997, 8-133.

36 Rogers 1998, p. 121.

37 Markesinis/Deakin 1999, p. 138. Ofwel: naast voorzienbaarheid dient er een ‘special relationship’ tussen eiser en gedaagde te bestaan, zie *Alexandrou v. Oxford* [1993] 4 All ER 328, op p. 334.

38 Zie Rogers 1998, p. 123-124, en *Bradford-Smart v. West Sussex CC* [2002] EWCA Civ 7, nr. 34.

bestond tussen de opzichters en de jonge daders.³⁹ Lord Pearson was dat met hem eens: ‘control imports responsibility’.⁴⁰ Dat kan derhalve betekenen dat er, bij wege van uitzondering, wel een ‘duty’ bestaat indien iemand ontsnapt uit de ‘custody’ van de politie en een ander schade toebrengt.⁴¹

Aanvaarding van een ‘duty’ in dit soort situaties is echter zeker niet grenzeloos. Het is in lijn met de zojuist verwoorde gedachte (dat de mogelijkheid van controle belangrijk is) dat als een financieel toezichthouder niet de bevoegdheid had ‘to control the day-to-day activities’ van de financiële instelling die door failliet te gaan schade veroorzaakt bij beleggers, deze toezichthouder ook niet al te snel aansprakelijk zal zijn.⁴² En een nachtclubeigenaar heeft geen ‘duty’ ten opzichte van zijn gasten om te voorkomen dat een portier (de primaire dader in dienst van de eigenaar, zodat er een relatie tussen D en T bestaat) wraak neemt na een eerdere ruzie in die nachtclub.⁴³

Een ‘duty’ kan overigens ook bestaan indien een persoon een gevaar voor zichzelf vormt en dat bekend is, denk aan gevallen van zelfmoord in een politie- of gevangenis-cel.⁴⁴ Die plicht berust dan op de complete controle die de politie of de gevangenis-autoriteit heeft over de gevangene, in combinatie met het (bekende) speciale gevaar dat mensen in een gevangenis zichzelf (eerder) van het leven beroven.⁴⁵ Ook hier spelen dus weer elementen van voorzienbaarheid mee. Als er echter geen specifiek risico voor een zelfmoordpoging bestaat, is dat voor het *Court of Appeal* reden om het bestaan van een ‘duty’ (alsnog) te ontkennen. Het in het algemeen verhoogde gevaar van zelfmoord onder gevangenen, betekent niet dat zelfmoord meteen ook

39 *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 307 en 309 (per Lord Morris).

40 *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.* [1970] 2 All ER 294, op p. 322 (per Lord Pearson).

41 Hetzelfde geldt indien de politie iets ondernomen heeft ten behoeve van een ‘particular member of the public’, maar dat betreft dan de al besproken relatie tussen T en S. Zie over beide vormen Lunney/Oliphant 2003, p. 449, redenerend op basis van *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] 1 AC 53 (geen aansprakelijkheid van de politie t.o.v. ‘an individual member of the public’ wegens het niet tijdig oppakken van een seriemoordenaar; ‘proximity’ ontbrak).

42 Zie *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, m.n. op p. 713-714 (per Lord Keith; de ‘special relationship’ ontbreekt dan), alsmede *Davis v. Ratcliffe* [1990] 2 All ER 536, m.n. op p. 541 (per Lord Goff) waar (op zijn minst) gesuggereerd wordt dat het feit dat het hier om ‘pure financial loss’ gaat, tegen de aanname van een ‘duty’ pleit (vgl. ook Van Dam 1995, p. 8), en p. 544.

43 Zie daarover *Mattis v. Pollock (t/a Flamingo’s Nightclub)* [2002] EWHC 2177. Daarbij zal overigens meegespeeld hebben dat er enige tijd tussen het incident in de club en de daarop volgende steekpartij voorbij gegaan was en dat de portier in die periode een mes had bemachtigd.

44 Het betreft hier dus een geval waarbij S en D samenvallen, zie § II.2.3 hiervoor, hoewel het de achtergebleven familie (ook S) zal zijn die een vordering tot schadevergoeding initieert. In *Reeves v. Commissioners of Police for the Metropolis* [2000] 1 AC 360; [1999] 3 All ER 897, werd er van het bestaan van zo’n plicht (en de schending ervan) uitgegaan en was alleen nog de causaliteitsvraag aan de orde. Deze ‘duty’ werd ook erkend in *Orange v. Chief Constable of West Yorkshire Police* [2001] EWCA Civ 611, in nr. 20. Zie verder nog Lunney/Oliphant 2003, p. 440.

45 Zie *Reeves v. Commissioners of Police for the Metropolis* [2000] 1 AC 360, op p. 368 (per Lord Hoffmann); [1999] 3 All ER 897.

een voorzienbaar risico is ten opzichte van elke gevangene.⁴⁶ Uiteindelijk is dus voorzienbaarheid in concrete zin nodig.⁴⁷ En er zijn meer grenzen. Zo bestaat er geen plicht voor de alcoholverkoper om de alcoholconsumptie van zijn klanten in de gaten te houden en te controleren, teneinde letsel voor of de dood van de dronkaard zelf te voorkomen.⁴⁸

Een verdere mogelijkheid om wel tot aansprakelijkheid te komen, bestaat in die situaties waarin er een relatie tot een onroerende zaak bestaat, denk met name aan de eigendom van land. Zo is als min of meer algemene regel aansprakelijkheid mogelijk indien de aangesprokene door onzorgvuldig handelen veroorzaakt of toegestaan heeft dat er een bron van gevaar op zijn land ontstaan is en het voorzienbaar is dat derden het terrein zullen betreden en het gevaar zullen 'ontsteken', met schade voor een ander als gevolg.⁴⁹ De enkele 'foreseeability' lijkt in zo'n geval dus niet genoeg voor het erkennen van een 'duty'.⁵⁰

De grondslagen om een plicht tot handelen aan te kunnen nemen, zijn volgens Honoré uiteindelijk niet netjes in een patroon te stoppen. Het gaat zijns inziens hierom:⁵¹

'The needs of the community (office-holding, risk-creation, dependency), justice between its members (benefit, dependency), and respect for choice of those who freely agree to take burdens on themselves (undertaking, risk-creation, office-holding) all help to explain one or more grounds. They seem not to derive from or be reducible to a single principle.'

46 Zie *Orange v. Chief Constable of West Yorkshire Police* [2001] EWCA Civ 611, m.n. in nrs. 42 en 43.

47 Ook voor Lord Brandon in *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] 1 All ER 710, op p. 713, was die voorzienbaarheid beslissend. Daarbij dient aangetekend te worden dat in het algemeen voorzienbaarheid alleen niet voldoende is, zie bijvoorbeeld *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 710 (per Lord Keith), en *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 808 (per Lord Nicholls). Voor de Verenigde Staten bijvoorbeeld *David Wright v. Arcade School District et al* 230 Cal. App. 2d 272, op p. 279; 40 Cal. Rptr. 812.

48 Zie Rogers 1998, p. 122, die hier verwijst naar *Barrett v. Ministry of Defence* [1995] 3 All ER 87. Indien een persoon zich echter nadien (toch) over de dronkaard ontfermt, dient dat zorgvuldig te gebeuren, hoewel een eigen schuld-verweer te dien aanzien ook wel zal slagen. In de Verenigde Staten is er veel debat over de vraag of ook een 'social host' eventueel aansprakelijk kan zijn ten opzichte van een derde die door een dronkaard aangereden wordt, zie bijvoorbeeld Ashmead, 55 Brooklyn L. Rev. 995 (1989).

49 Zie *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] 1 All ER 710, op p. 730 (per Lord Goff), en daarover Markesinis, LQR 1989, p. 104 e.v., en Van Gerven c.s. 1999, p. 70.

50 Het gaat dan om de aansprakelijkheid van 'occupiers' voor wat er op hun land gebeurt, hetgeen geregeld is in de Occupiers' Liability Acts van 1957 en 1984, zie bijvoorbeeld Lunney/Oliphant 2003, p. 439 en p. 514 e.v., en Van Dam 1995, p. 13-14. Omdat die regeling een nogal specifieke en wettelijke uitzondering op de hoofdregel (van terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid) vormt, en over de invulling van de 'duty'-eis dus minder zegt, ga ik daar verder aan voorbij.

51 Honoré 1999, p. 60.

Welke argumenten aan (het ontbreken van) aansprakelijkheid ten grondslag gelegd (kunnen) worden, bespreek ik later (§ 3.7).

3.3 De 'affirmative duty' in de Verenigde Staten van Amerika

Naar *Amerikaans* recht wordt de vraag naar het bestaan van een 'affirmative duty', zoals dat leerstuk dan genoemd wordt, opgelost via een systeem dat in grote lijnen hieruit bestaat. In beginsel geldt, net zoals in Engeland, dat er bij 'negligence' als grondslag voor aansprakelijkheid geen algemene plicht bestaat om een ander te hulp te komen of te beschermen, en dat er geen plicht bestaat het gedrag van een derde te controleren teneinde te voorkomen dat deze een ander schade berokkent.⁵² Uitzonderingen daarop zijn echter mogelijk.⁵³ Daarbij geldt ten eerste dat de bron van gevaar niet voortkomt uit enige activiteit die onder controle staat van de gedaagde, want dat wordt niet meer als nalaten gezien. De meer restrictieve benadering van aansprakelijkheid betreft dus gevallen van wat in Nederland zuiver nalaten zou heten. Verder geldt de plicht om op te treden wel indien er een speciale relatie bestaat tussen de partijen.⁵⁴ Die speciale relatie kan bestaan tussen de gedaagde en de uiteindelijke dader (tussen bijvoorbeeld ouder en kind) of tussen de gedaagde en het uiteindelijke slachtoffer (tussen bijvoorbeeld hoteleigenaar en zijn gast).⁵⁵ De hierna nog te bespreken zaak van Ms. Kline tegen haar verhuurder valt in deze tweede categorie.

Of er zo'n speciale relatie aanwezig was, stond ook centraal in de beroemde zaak *Tarasoff v. The regents of the University of California*.⁵⁶ Tatiana Tarasoff werd vermoord door ene Poddar. Deze had zijn bedoeling daartoe eerder al opgebiecht aan Dr. Moore, als psycholoog in dienst bij de gedaagde. De ouders van Tatiana stellen een vordering tot schadevergoeding in, hierop gebaseerd dat de psycholoog ten onrechte geen actie ondernam en hen niet heeft gewaarschuwd.

Daarmee werd de vraag opgeworpen of er in dit geval een 'duty' voor de gedaagde aanwezig was om te waarschuwen. Nu er een relatie bestond tussen de moordenaar en de psycholoog, was volgens de hoogste rechter in *California* voldaan aan het vereiste van een 'special relationship' zoals hiervoor beschreven, zodat een 'duty' aanvaard kon worden. Dat een psycholoog moeilijk kan voorspellen of een patiënt

52 Zie § 314, 315 Restatement (2nd) of Torts, en bij wijze van voorbeeld *David Wright v. Arcade School District et al* 230 Cal. App. 2d 272, op p. 277; 40 Cal. Rptr. 812.

53 Zie bijvoorbeeld § 314 Restatement (2nd) of Torts, comment c. In algemene zin hierover ook Smits 2000, p. 10-11.

54 § 314a Restatement (2nd) of Torts, en comment b, alsmede § 315.

55 Nader uitgewerkt in § 316-319, resp. § 314a en 320 Restatement (2nd) of Torts. Zie hierover ook al het standaardartikel van Harper & Kime, 43 Yale L.J. 886 (1934), op p. 887 e.v., met vele voorbeelden, gevolgd door onder andere Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1027-1028. Vgl. verder nog Niehoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983), op p. 106-107; Van Dam 1995, p. 18-21.

56 17 Cal. 3d 425; 551 P.2d 334; 131 Cal. Rptr. 14; 83 A.L.R.3d 1166.

geweld zal gebruiken,⁵⁷ doet daaraan niet af, want te dien aanzien geldt de maatstaf van de redelijk handelende beroepsbeoefenaar. Tobriner J. concludeert dat zodra een therapeut vaststelt, of naar de regelen der kunst had moeten vaststellen, dat een patiënt een serieus gevaar voor anderen vormt, op hem de plicht rust om redelijke zorg uit te oefenen teneinde het voorzienbare slachtoffer van dat gevaar te beschermen.⁵⁸ En dat dat wellicht te veel of onnodige waarschuwingen oplevert, dient voor lief genomen te worden want dat is een redelijke prijs voor de levens die potentieel gespaard worden.

Het publieke belang van veiligheid jegens dit soort vormen van geweld, wint het ook van het vaak ingeroepen therapeutische (algemene) belang van vrije, open en vertrouwelijke communicatie met de patiënt (zonder geheimhouding geen effectieve therapie) en diens privacy.⁵⁹ Dat mogelijke patiënten wellicht helemaal niet meer in therapie gaan als de geheimhoudingsplicht zo wordt bekort, is een veel gehoord tegenargument (abstracter geformuleerd als: negatief uitwerkende gedragsbeïnvloeding), maar is ook een argument waarvoor geen empirische data aangedragen worden.⁶⁰ Inmiddels is de *Tarasoff*-zaak, en dat geldt tevens voor de voorlopers van die zaak,⁶¹ van significante invloed gebleken in andere jurisdicties binnen de Verenigde Staten.⁶²

Uit de Amerikaanse rechtspraak stammen ook de gevallen van verhuurders (T) die jegens een huurder (S) aansprakelijk worden gehouden voor de criminele activiteiten van een derde persoon, de primaire dader (D), binnen het verhuurde complex.

57 Volgens Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1044, wordt de gevaarlijkheid van hun patiënten door therapeuten overschat.

58 17 Cal. 3d 425, op p. 439 (op p. 435 wordt nog eens specifiek aangegeven dat 'foreseeability' de belangrijkste factor bij bepaling van een 'duty' is). Zoals in de tekst ook al Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1030. Ik wijs er op dat wij hier van doen hebben met een geval van wat ik in § II.2.2 concreet toezichtsfalen noemde.

59 17 Cal. 3d 425, op p. 440-442. Vgl. tevens Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1040 e.v. (effectiviteit van therapie) en p. 1044 e.v. (privacy).

60 Aldus Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1039, die aldaar overigens terecht aangeven dat ook de andere kant van het verhaal niet op cijfers gebaseerd is.

61 Zie bijvoorbeeld *Underwood v. United States* 356 F.2d 92, over een Amerikaanse luchtmachtsoldaat die ten onrechte werd ontslagen van de psychiatrische afdeling van zijn vliegbasis en die vervolgens tegen de regels in een pistool kon bemachtigen en zijn ex-vrouw dood schoot. De staat werd daarvoor aansprakelijk geacht. Datzelfde geschiedde in *The Merchants National Bank and Trust Company of Fargo v. United States* 272 F. Supp. 409, waarin een voor schizofrenie opgenomen Vietnam-veteraan op werkverlof zonder toezicht werd gestuurd, waarna hij zijn vrouw doodde. Vgl. verder nog, van na *Tarasoff*, de zaak *Payton v. United States* 636 F.2d 132, waarin de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de 'Parole Board' in verband met het ten onrechte vroegtijdig vrijlaten van een (gevaarlijke) gevangene, erkend werd, en daarover nog Niehoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983).

62 Zie Epstein 2000, p. 625 e.v., en Gammon & Hulston, 60 Mo. L. Rv. 749 (1995), op p. 749-750, met een overzicht van andere Staten. Volgens Markesinis/Deakin 1999, p. 141, wordt deze zaak echter elders niet veel gevolgd elders (en zou er naar Engels recht anders beslist zijn). In navolging daarvan Van Dam 1995, p. 77 (in noot 281). In Nederland besliste Rb. Assen 16-7-2003, NJ 2003, 585 (Van Wijk/Noltes), in gelijke zin, al werd de vordering afgewezen via het causaliteitsvereiste, zie nader § VIII.2.3.4.

Het verwijt is dan dat de verhuurder zou hebben nagelaten om adequate veiligheidsmaatregelen te nemen of om deze in stand te houden.⁶³

Een belangrijk precedent in deze vormt de zaak *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation*.⁶⁴ Het ging daarin om een vrouw die aangevallen en beroofd werd in de gezamenlijke hal van haar in een stedelijk gebied (Washington D.C.) gelegen appartementencomplex. Zij spreekt daarop de eigenaar van het complex aan tot vergoeding van haar schade. Deze zou de veiligheid in het complex verwaarloosd hebben door er niet op toe te zien dat de oorspronkelijk (wel) genomen maatregelen tegen indringers gehandhaafd bleven. De portier was bijvoorbeeld in de loop der jaren verdwenen en de zij-ingangen werden niet meer altijd afgesloten. Daarbij was relevant dat er in en rond de gemeenschappelijke ruimtes van het complex al eerder sprake was geweest van criminele daden en dat de eigenaar daarvan op de hoogte was.⁶⁵ Het *Court of Appeal* (D.C. Circuit) beslist uiteindelijk dat er een 'duty' bestaat voor de eigenaar jegens de huurder om deze te beschermen tegen criminele daden van een derde die redelijkerwijs voorzien hadden kunnen worden.

De dogmatische inpassing van deze plicht hier terzijde latend,⁶⁶ worden de volgende (ook buiten de Verenigde Staten relevante) argumenten tegen elkaar afgewogen. Ten eerste wordt in het kader van de realiteit van groeiende criminaliteitscijfers steeds gewezen op het gegeven dat het de verhuurder/eigenaar is die de exclusieve controle heeft over veiligheidsmaatregelen in het gebouw en de (juridische) onmogelijkheid voor de huurder om zelf veiligheidsmaatregelen ingang te doen vinden in de gemeenschappelijke ruimtes. Daaraan doet niet af dat deze plicht tot hogere kosten voor de verhuurder zal leiden. Deze is immers in een economisch betere positie dan de huurder, want hij kan die kosten spreiden over alle huurders.⁶⁷ De verhuurder heeft in elk geval de betere onderhandelingspositie.⁶⁸ Van wezenlijk belang hierbij is wel nog dat de verhuurder wetenschap moet hebben van de criminele activiteiten ('reasonably

63 Zie over de geschiedenis en de ontwikkeling van dat leerstuk, alsmede over de hierna te bespreken zaak, Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985).

64 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477; 43 A.L.R.3d 311.

65 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 479 en 480; 43 A.L.R.3d 311.

66 Het betrof een 'implied condition' in het huurcontract of een 'tort', zie nader daarover Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985).

67 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 480-481 en 488; 43 A.L.R.3d 311. Zie verder Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), op p. 434, 443, 446, 447, en met name ook p. 442 ('The landlord is no insurer of his tenants' safety, but he certainly is no bystander.', aldus Wilkey J citerend (439 F.2d 477, op p. 481)).

68 Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), op p. 443, 446 en 447.

foreseeable crime') in het gebouw.⁶⁹ Aansprakelijkheid zal niet aangenomen worden indien het geweld 'sudden and unexpected' is.⁷⁰

Merrill voegt hieraan nog toe dat de verhuurder in beginsel een permanente relatie tot het gebouw heeft en dat diens situatie sterk lijkt op die van de 'innkeeper' die in rechte verantwoordelijk is voor de veiligheid van zijn gasten.⁷¹ Een belangrijk tegenargument lijkt gelegen te zijn in 'public policy': het gaat niet aan dat de bescherming van burgers tegen criminele daden zou rusten op andere burgers in plaats van op de overheid. Dat argument gaat hier echter niet op omdat de politie niet bevoegd is in de gemeenschappelijke ruimten van het complex te patrouilleren terwijl daarnaast nog geldt dat de verhuurder in het kader van de preventie ook een taak heeft die erkend dient te worden.⁷²

Inmiddels lijkt deze plicht van de 'landlord' zijn weg op ruimere schaal gevonden te hebben in de Verenigde Staten⁷³ en ook in vergelijkbare, maar ten dele 'verder verwijderde' situaties toegepast te worden. Niet verrassend is het voorbeeld waarin een plicht werd aangenomen voor een commerciële verhuurder van bedrijfsruimte om de gemeenschappelijke delen van de verhuurde kantoorruimte te beschermen tegen (opnieuw) voorzienbare criminele activiteiten van derden ten opzichte van (werknemers van) een huurder. Een individuele huurder van een deel van een gebouw is immers evenzeer buiten staat om zelf voor de beveiliging van de gemeenschappelijke delen zorg te dragen als het gebouw voor bedrijfsdoeleinden verhuurd wordt aan meerdere bedrijven.⁷⁴ Een stuk verder gaat echter de plicht van de verhuurder ten opzichte van de huurder die in zijn eigen appartement aangevallen wordt of ten opzichte van

69 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 480 en 481; 43 A.L.R.3d 311. Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), op p. 347, 441 en 454. Die grens wordt soms echter wel eens overschreden (p. 443), maar ten onrechte omdat dan de verhuurder (risico)aansprakelijk wordt voor gebeurtenissen buiten zijn controle, hetgeen tot te vergaande en te dure maatregelen zal leiden (zie p. 446). Dat er sprake dient te zijn van een voorzienbaar risico, wil niet zeggen dat precies dezelfde criminele activiteit al eerder plaatsgevonden dient te hebben, vgl. *Jane Doe v. Dominion Bank of Washington* 295 U.S. App. D.C. 385; 963 F.2d 1552, op p. 1560, al zal dat wel een factor zijn, zie Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), op p. 454-456. Volgens de rechter in *Kline* gaat het bij voorzienbaar om aanvallen die 'probable and predictable' zijn, zie 439 F.2d 477, op p. 483.

70 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 483; 43 A.L.R.3d 311.

71 Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985), p. 447. Zie ook *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 485; 43 A.L.R.3d 311.

72 Het argument wordt genoemd in *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, op p. 481; 43 A.L.R.3d 311 (waar ook nog een aantal andere argumenten genoemd wordt), maar later ter zijde geschoven (439 F.2d 477, op p. 484).

73 Zie Epstein 2000, p. 614 ('widespread approval'), en bijvoorbeeld *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* 43 Cal. App. 4th 1084, op p. 1090; 50 Cal. Rptr. 2d 917, alsmede *Patricia Tenney v. Atlantic Associates d/b/a/ Park Towne Apartments* 594 N.W.2d 11 waarin *Kline* een 'landmark case' genoemd wordt (op p. 15).

74 *Jane Doe v. Dominion Bank of Washington* 295 U.S. App. D.C. 385; 963 F.2d 1552, op p. 1559-1560 (een werknemster werd verkracht en beroofd op een van de leegstaande verdiepingen van het kantoorcomplex; deze verdiepingen waren niet voldoende beveiligd tegen ongenode gasten).

de bezoekers van de huurder.⁷⁵ Dat de plichten van de ‘landlord’ niet eindeloos zijn, bewijst de zaak *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* waarin aansprakelijkheid van de verhuurder werd afgewezen nadat een vrouw beroofd en verwond werd op de openbare weg voor haar appartementencomplex en dus buiten het terrein van de verhuurder.⁷⁶ In zo’n geval heeft de verhuurder geen zeggenschap meer over de omgeving en is aansprakelijkheid derhalve niet meer mogelijk.⁷⁷

3.4 Tussendoor: diverse soorten ‘faute’ in Frankrijk

Alvorens te bespreken hoe de aansprakelijkheid wegens nalaten in Nederland is geregeld, wil ik nog kort stilstaan bij het Franse en Duitse stelsel. Daaruit blijkt dat het continentale denken op dit vlak afwijkt van de Angelsaksische manier van redeneren. Kort gezegd komt het hierop neer dat de Engelse terughoudendheid ten aanzien van nalaten, minder evident is op het continent.⁷⁸

In *Frankrijk* wordt de aansprakelijkheid voor nalaten bijvoorbeeld niet als een groot probleem gezien. Dat ligt dan hieraan dat de reikwijdte van de artt. 1382 en 1383 Cc ruim genoeg is om ook de gevallen van nalaten te bestrijken.⁷⁹ Bovendien is daarnaast ook nog een beroep op de risicoaansprakelijkheid van art. 1384 al. 1 Cc mogelijk.⁸⁰ Een nalaten is grond voor aansprakelijkheid, zo blijkt, wanneer de handeling verricht had moeten worden in verband met een wettelijke of contractuele ver-

75 Zie *Patricia Tenney v. Atlantic Associates d/b/a/ Park Towne Apartments* 594 N.W.2d 11 (waarbij wel relevant was dat de toegang tot het appartement verkregen werd via een nagemaakte sleutel), respectievelijk Epstein 2000, p. 614.

76 *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* 43 Cal. App. 4th 1084; 50 Cal. Rptr. 2d 917.

77 Vgl. in dit kader ook HR 22-1-1999, NJ 1999, 534 nt. PAS (Reclassering/S.), waarin er geen aansprakelijkheid van de werkgever ten opzichte van zijn werknemer aanvaard werd omdat de werkgever in dat geval (reclasseringsambtenaar wordt thuis aangevallen door een cliënt) geen zeggenschap meer kon uitoefenen.

78 Al is men wel terughoudend ten aanzien van zuiver nalaten (de gevallen dat er geen speciale relatie bestaat met de dader, het slachtoffer of een zaak), aldus Van Dam 2000, nr. 1603 (Frans recht; aansprakelijkheid voor zuiver nalaten alleen bij opzet of bewust nalaten) en 1604 (Duits recht; aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten bij opzettelijk schade veroorzaken in strijd met goede zeden). Zie verder Markesinis, LQR 1989, p. 104; Kortmann, OUCFL 2001, § IV.2 en IV.3, en Smits 2000, p. 7-8; Van Dam 1995, p. 105, en Van Dam 2000, nr. 1601-1602.

79 Van Gerven c.s. 1999, p. 56; Smits 2000, p. 8. Volgens Van Dam 2000, p. 1603, heeft men in Frankrijk geen moeite met aansprakelijkheid wegens nalaten indien er sprake is van een plicht om toezicht te houden, maar is aansprakelijkheid buiten die gevallen (bij zuiver nalaten) uitzonderlijk. Zie ook Terré/Simler/Lequette 1999, no. 688-690, en Viney/Jourdain 1998, no. 456-1, die aangegeven dat er eigenlijk weinig terughoudendheid bestaat op dit vlak, en (in noot 122) dat dat bijvoorbeeld in Engeland veel meer het geval is.

80 Ik ga later uitvoeriger in op de aansprakelijkheid wegens een ‘fait d’autrui’, voor nu laat ik dit rusten, zie § VII.2.2.1 en Viney/Jourdain 1998, no. 788 e.v.

plichting of een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.⁸¹ Zo is bijvoorbeeld een voetbalclub als organisator van voetbalwedstrijden aansprakelijk ten opzichte van een toeschouwer die gewond raakt of zelfs sterft door vandalisme van een ander, indien de club er niet voldoende op toe ziet dat personen niet met mogelijke schadelijke objecten, zoals vuurwerk, het stadion betreden.⁸² Evenzeer is een internaat aansprakelijk ten opzichte van een jongen die op de slaapzaal gewond raakt bij een kussengevecht als de op de zaal aanwezige zaalwacht niet ingrijpt.⁸³

Aansprakelijkheid voor nalaten is dus al met al relatief eenvoudig bereikbaar, althans, dat is niet ingewikkelder dan in gevallen van foutief handelen, in elk geval als het niet om een zuiver nalaten gaat.⁸⁴ Het Franse recht maakt in dit kader een onderscheid tussen het ‘nalaten bij de handeling’ (*l’omission dans l’action*) en het ‘nalaten zonder handeling’ (*l’omission sans action* of *l’omission pure et simple*), hetgeen ik dan verder zuiver nalaten noem. De ‘omission dans l’action’ is aanwezig indien een persoon die een bepaalde activiteit onderneemt, niet alle voorzorgsmaatregelen neemt die nodig zijn om te verhinderen dat een derde schade van die activiteit ondervindt. Denk aan het niet op tijd remmen als automobilist. Deze vorm van nalaten leidt gewoon tot aansprakelijkheid op basis van de artt. 1382 en 1383 Cc.⁸⁵ Daarnaast staat als gezegd het zuiver nalaten. Voor aansprakelijkheid wordt in dat geval een zekere terughoudendheid betracht⁸⁶ en is ten eerste weer nodig dat er plicht tot handelen bestaat.⁸⁷ Voorzover die plicht niet bestaat, kan er geen aansprakelijkheid aangenomen worden, tenzij er opzettelijk, ‘malicieusement’, met de wil een ander te schaden, gehandeld werd.⁸⁸

81 Zie Cass. Civ. 27-2-1951, D. 1951, Jur. 329 nt. Desbois, aangehaald in Van Gerven c.s. 1999, p. 57-58., alsmede Viney/Jourdain 1998, no. 452 en 453, die ook aangeven dat men niet schroomt een plicht tot handelen te benoemen, zie no. 456-1. Zie verder Coulon 2003, no. 224 e.v. (en no. 320-323), die aldaar aangeeft dat er in deze oorspronkelijk wel veel terughoudendheid bestond in deze maar dat dat helemaal is veranderd.

82 Zie CA Lyon 16-12-1998, JCP 1990. II. 21510 nt. Collomb, waarover ook Van Gerven c.s. 1999, p. 59-61, waarbij een contractuele plicht (een inspanningsverbintenis uit de overeenkomst tussen club en slachtoffer) geschonden werd geacht. Zou deze zaak in Nederland anders beslist zijn? Ik meen dat veel clubs blij mogen zijn dat de kwestie hier (voorzover ik weet) nooit zo voor de rechter gebracht is.

83 Cass. 2e Civ., 30-11-2000, RCA 2001, 36. Het gaat in dit soort gevallen om een ‘faute de surveillance’, zie Viney/Jourdain 1998, no. 921 e.v., met diverse voorbeelden, alsmede Coulon 2003.

84 Terré/Simler/Lequette 1999, no. 690; Viney/Jourdain 1998, no. 456-1. Zie verder nog Van Dam 1995, p. 34-36; Kortmann, OUCFL 2001, § IV.3. De inbreuk op de individuele vrijheid die daarin schuil gaat, wordt geaccepteerd, zie Viney/Jourdain 1998, no. 452.

85 Le Tourneau/Cadict 1998, no. 3342; Terré/Simler/Lequette 1999, no. 689; Viney/Jourdain 1998, no. 456; Kortmann, OUCFL 2001, § IV.3.

86 Viney/Jourdain 1998, no. 456; Van Dam 2000, nr. 1603.

87 Le Tourneau/Cadict 1998, no. 3345; Kortmann, OUCFL 2001, § IV.3, en het al genoemde arrest Cass. Civ. 27-2-1951, D. 1951, Jur. 329, aangehaald in Van Gerven c.s. 1999, p. 57-58.

88 Le Tourneau/Cadict 1998, no. 3346-3347. Over die gevallen ook Viney/Jourdain 1998, no. 455.

3.5 Tussendoor (2): rechtsplichten in Duitsland

Vervolgens dienen wij nog kortstondig de blik op *Duitsland* te richten. Daar lijkt te gelden dat men in beginsel geen reden ziet om een nalaten anders te behandelen dan een doen,⁸⁹ voorzover het ten minste niet om een geval van zuiver nalaten gaat, want dan is er wel sprake van een zekere terughoudendheid.⁹⁰ In zijn algemeenheid geldt dat (zuiver) passief ‘blijven’ alleen ‘rechtswidrig’ is wanneer de dader een rechtsplicht tot handelen geschonden heeft.⁹¹ Het gaat erom dat iets niet gedaan is, terwijl er wel iets door het recht verwacht of voorgeschreven is, aldus Deutsch.⁹² Bron van plichten tot handelen zijn natuurlijk wet, gewoonte en overeenkomst, maar bijvoorbeeld ook vertrouwen,⁹³ en hetgeen ik zou willen bestempelen als de plicht om maatregelen te nemen om gevaar af te wenden of om de veiligheid van anderen te bewerkstelligen. Het betreft hier de in Duitsland zo belangrijke en – niet onbelangrijk voor de feitelijke omvang van de aansprakelijkheid wegens nalaten – breed toepasselijke ‘Verkehrssicherungspflicht’ of ‘Verkehrspflicht’.⁹⁴ De plicht tot handelen dient (uiteraard) te rusten op degene die naliet. Verder lijkt vereist te zijn dat die persoon de objectieve mogelijkheid had om het gevolg af te wenden.⁹⁵

Een en ander heeft er voor bijvoorbeeld voor een typische toezichthouder als een psychiatrisch ziekenhuis toe geleid dat deze de (buitencontractuele) plicht heeft de patiënten te beschermen tegen schade die voor hen dreigt in verband met hun eigen ziekte of de toestand van het gebouw. Deze plicht is overigens beperkt tot hetgeen nodig en voor personeel en patiënten ‘Zumutbar’ is, zodat dit ‘Sicherungsgebot’ afgewogen dient te worden tegen het belang de therapie niet in gevaar te brengen door de patiënt al te streng te bewaken.⁹⁶ Die plicht gaat ook niet zo ver dat het ziekenhuis aansprakelijk is indien een persoon die in verband met een psychose is opgenomen, zelfmoord tracht te plegen door ’s nachts van het balkon van de gezamenlijke verblijfsruimte te springen, indien zo’n concrete zelfmoordpoging niet voorzienbaar was. Men kan niet verlangen dat op een open afdeling, zoals in casu, alle deuren

89 Van Gerven c.s. 1999, p. 61. Zie echter ook Deutsch 1995, Rdn. 40, die aangeeft dat aansprakelijkheid voor nalaten minder streng is omdat er een plicht tot handelen voor nodig is.

90 Zie Van Dam 2000, nr. 1604, die aangeeft dat in die gevallen § 826 BGB ingeroepen zou moeten worden. Kortmann, OUCFL 2001, §IV.2 *in fine*, lijkt meer algemeen te menen dat deze aansprakelijkheid terughoudend bekeken wordt.

91 Palandt/Thomas (2001), § 823, Rdn. 35 en Vorbem v § 249, Rdn. 84; Brüggemeier 1999, p. 46; Deutsch 1995, Rdn. 38, 40; Larenz 1987, p. 457 en 458; Kortmann, OUCFL 2001, § IV.2; Van Gerven c.s. 1999, p. 62; Van Dam 1995, p. 25 en 29. Zie bijvoorbeeld ook BGH VersR 2001, 1431, op p. 1432, ten aanzien van § 826 BGB (nalaten schendt de goede zeden alleen als er een zedelijke plicht tot doen bestond).

92 Deutsch 1995, Rdn. 31.

93 Deutsch 1995, Rdn. 38; Brüggemeier 1999, p. 46.

94 Larenz 1987, p. 458; Brüggemeier 1999, p. 46; Kortmann, OUCFL 2001, § IV.2; Van Gerven c.s. 1999, p. 62. Zie in algemene zin daarover Palandt/Thomas, § 823, Rdn. 58 e.v., en Van Dam 1995, p. 23 e.v.

95 Zie Brüggemeier 1999, p. 46; Larenz 1987, p. 457.

96 BGH VersR 2000, 1240, op p. 1241.

en vensters gesloten zijn en blijven, en een plicht toezicht te houden en zo patiënten te beschermen tegen niet voorzienbare gevaren, bestaat hier niet.⁹⁷

Een publiek toegankelijk zwembad, om een ander voorbeeld te geven, dient zo ingericht te zijn dat de gebruikers ervan van vermijdbare gevaren verstoken blijven. De eisen zijn zodanig dat gebruikers tegen gevaren beschermd moeten worden die boven het gewone risico uitgaan, niet voorzienbaar zijn en voor hem niet zonder meer herkenbaar zijn.⁹⁸ Dat gaat dus erg ver, met name omdat de voorzienbaarheid hier losgelaten lijkt te worden. Het nemen van maatregelen tegen elke denkbare, ver verwijderde mogelijkheid van gevaar(zetting) wordt echter niet verlangd. De zorgplicht kan echter wel omvatten dat er iets gedaan wordt tegen de gevaren van onbezonnen en niet-toegestaan handelen.⁹⁹

3.6 De aansprakelijkheid wegens nalaten in Nederland¹⁰⁰

In Nederland heeft Schut in zijn proefschrift enige aandacht geschonken aan het onderscheid tussen handelen en nalaten. Hij kwam er ten eerste toe om 'laten'¹⁰¹ te omschrijven als 'iets-niet-doen' en niet als 'niet-doen', want 'laten' veronderstelt een doen.¹⁰² Vervolgens gaat het in het aansprakelijkheidsrecht om 'het niet verhinderen van een dreigend schadegebeuren, hoewel de mogelijkheid tot die verhindering bestond.' Schut verwerpt de opvatting dat 'laten' alleen rechtens relevant is als er een rechtsplicht tot handelen bestaat. Dat hangt echter hiermee samen dat zijns inziens niet elk 'laten' ook onrechtmatig 'laten' is.¹⁰³ Ik leid daaruit dan echter af dat voor *onrechtmatig laten*, ook volgens Schut, wel zo'n rechtsplicht zou moeten bestaan.¹⁰⁴

Het waarschijnlijk bekendste werk over aansprakelijkheid wegens nalaten in *Nederland* is het preadvies van Van Dam.¹⁰⁵ Hij geeft aan dat ten eerste relevant is dat nalaten in beginsel hetzelfde behandeld dient te worden als handelen.¹⁰⁶ Dat

97 BGH VersR 2000, 1240, op p. 1241.

98 Zie bijvoorbeeld OLG Köln VersR 2002, 859, op p. 860, met verdere verwijzingen.

99 OLG Köln VersR 2002, 859, op p. 860.

100 Voor de goede orde: ik ga hier niet nader in op het verschil (in rechtsgevolgen) tussen een 'als doen te beschouwen' gedraging en een nalaten bij handelingen van personen onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming (art. 6:165 lid 1 BW). Het gaat in dit onderzoek immers om de positie van de toezichthouder (en diens aansprakelijkheid naast die van een onder toezicht gestelde) terwijl die toezichthouder niet onder invloed van een dergelijke tekortkoming zal staan. De toezichthouder is veeleer degene die uiteindelijk draagplichtig is (zie lid 2).

101 Schut 1963, p. 61-62, gebruikt 'laten' omdat hij de term 'nalaten' dubbelzinnig vindt. Vgl. ook Schut 1997, p. 93.

102 Schut 1963, p. 60 en 61.

103 Schut 1963, p. 61.

104 Zie ook Schut 1997, p. 93: 'Als handelend optreden niet is geboden, is laten geen *nalaten* en kan van onrechtmatigheid geen sprake zijn.'

105 Van Dam 1995, ten dele overgenomen in Van Dam 2000, nr. 1600 e.v.

106 Van Dam 1995, p. 40. Expliciet ook zo Smits 2000, p. 8. Zie verder Kortmann, WPNR 6566 (2004), p. 137, die de eis dat er een bijzondere relatie (bijvoorbeeld met het slachtoffer of een zaak) zou moeten bestaan, waarover hierna meer, afwijst. Zo'n eis is niet in lijn met het systeem en is geen voorwaarde voor aansprakelijkheid. Dat is een terechte opmerking, maar die relaties

is niet steeds zo geweest. Denk bijvoorbeeld aan de puur passieve houding van de overbekende Zutphense juffrouw, een houding die op dat moment nog niet zo kwalijk werd bevonden dat deze tot aansprakelijkheid zou moeten leiden.¹⁰⁷ Art. 6:162 BW maakt heden ten dage echter geen verschil tussen beide vormen van ‘handelen’.

Ten tweede is het *Struikelende broodbezorger*-arrest van belang.¹⁰⁸ Op basis van de regel uit dat arrest bestaat er bij gevallen van zuiver nalaten¹⁰⁹ (enkel) een rechtsplicht tot handelen – denk aan de plicht om het gevaar op te heffen of om te waarschuwen – en daarmee potentieel aansprakelijkheid, indien ‘de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen’ of indien de aangesprokene een speciale relatie heeft met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.

Als voorbeeld van een geval waarin er een speciale relatie tot een plaats (of breder: een onroerende zaak) bestond, zodat een plicht tot handelen acceptabel was, noem ik het *Staat/Daalder*-arrest¹¹⁰ waarin het verwijt was dat de overheid nagelaten had om te waarschuwen voor het gevaar van veenbroei in een door haar beheerd natuurgebied. In aansluiting daarop zal degene die een vliegveld exploiteert, er voor moeten zorgen dat er ten minste deugdelijk gewaarschuwd wordt voor de gevaren van een ‘jetblast’,¹¹¹ ook als die jetblast zich uitstrekt tot op het (aanpalende) terrein van een ander. Of enkel een waarschuwing dan nog wel afdoende is, is afhankelijk van de vraag of deze zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het gevaar wordt vermeden.¹¹² Evenzo heeft de organisator van een sportwedstrijd rekening te houden met de omstandigheden van het terrein waarop de wedstrijd gehouden wordt. Onveilige

kleuren de zorgplicht wel zodanig dat er mijns inziens best apart aandacht aan besteed zou mogen (en moeten) worden.

107 Zie HR 10-6-1910, W. 9038 (Zutphense waterleiding), en Van Dam 1995, p. 39. Er bestond (toen nog) geen rechtsplicht om te handelen.

108 HR 22-11-1974, NJ 1975, 149 nt. GJS (*Struikelende broodbezorger*), en daarover onder andere Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 46; Spier (Van Maanen) 2003, nr. 53; Van Dam 2000, nr. 1601; Van Dam 1995, p. 41 e.v. Daarnaast kan ook de strafrechtelijke aansprakelijkheid van art. 450 Sr (die indien vastgesteld, ook tot civielrechtelijke aansprakelijkheid zal leiden) nog van belang zijn, maar dat artikel ziet op vrij specifieke situaties (ogenblikkelijk levensgevaar), zodat het vanuit civielrechtelijk perspectief weinig toevoegt aan hetgeen nog volgt. Ik ga hier dan ook verder niet op deze bepaling in.

109 Nogmaals, het gaat dan om die gevallen waarin de aangesprokene geen bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of de risico’s die uiteindelijk de schade hebben doen intreden, maar enkel de realisering van dat gevaar of risico niet heeft tegengehouden of er niet voor heeft gewaarschuwd.

110 HR 27-5-1988, NJ 1989, 29 nt. G. (*Staat/Daalder*). Voor een gelijksoortige regel naar Amerikaans recht zie Harper & Kime, 43 Yale L. J. 886 (1943), op p. 903.

111 Het gaat dan kort gezegd om de stuwkracht die vrij komt aan de achterzijde van een vliegtuig als dat gaat opstijgen. Deze kan een persoon de lucht in slingeren.

112 Zie over het voorgaande HR 28-5-2004 RvdW 2004, 76 (Hartmann/PJIAE), met name r.o. 3.4.2 en 3.4.3.

plekken dienen afgeschermd te worden.¹¹³ Men zou hier ook nog de mogelijke aansprakelijkheid van waterschappen in verband met het waterbeheer kunnen noemen,¹¹⁴ net als de plicht van een toezichthouder om de bezoeker van een onroerende zaak te beschermen tegen crimineel gedrag van een derde.¹¹⁵

Daarnaast kan ook de relatie tussen een persoon en een roerende zaak tot een plicht om te handelen en daarmee aansprakelijkheid aanleiding geven. Zo kan iemand aansprakelijk zijn indien er een ongeval is gebeurd met een auto die ergens onbeheerd, met de sleutel in het contact, tijdelijk is geparkeerd en vervolgens meegenomen wordt, zoals uit het *Haringkar*-arrest blijkt.¹¹⁶

Een voorbeeld van een geval waarin de relatie met het slachtoffer naar voren komt, al gaat het daarin niet om een klassiek geval van 'toezicht', is het *De Heel/Korver*-arrest waarin aansprakelijkheid van het ziekenhuis ten opzichte van de uit zijn bed gevallen Korver werd aanvaard, omdat nagelaten werd om of voldoende op te letten of onrusthekkers aan het bed te plaatsen.¹¹⁷ De rechtvaardiging hiervoor is dat het slachtoffer erop mag vertrouwen dat de ander voor zijn veiligheid waakt, aldus Van Dam.¹¹⁸

Een 'relatie' met in elk geval het (latere) slachtoffer, doch ook enigszins met de primaire dader(s), was aanwezig in de zaak waarin de politie aansprakelijk werd gesteld in verband met het doorgang laten vinden van een roofoverval waarbij het slachtoffer van de overval gedood werd. In dit geval wist de politie vooraf wie de overval zou plegen, waar en wanneer die gepleegd zou worden en op wie die gepleegd zou worden. Bovendien wist men dat er geweld gebruikt zou worden en had men geruchten vernomen dat er vuurwapens in het spel zouden kunnen zijn. Men wilde de daders op heterdaad pakken. Het nalaten het slachtoffer van de overval te beschermen of ten minste te waarschuwen, leidde tot aansprakelijkheid (van de Staat).¹¹⁹ Voorzover er hier sprake is van een toezichtstaak (toezicht op de veiligheid van de burgers), was

113 Zie Hof Arnhem 10-11-1998, NJ 2002, 264 (Stichting Skeeler Marathons/Faber) waarin de organisatie van een skeelerwedstrijd die verantwoordelijk was voor de veiligheid van het parcours, verweten wordt een boom net naast het parcours niet afgedekt te hebben (met kussens, strobalen, netten en dergelijke).

114 Zie bijvoorbeeld HR 8-1-1999, NJ 1999, 319 nt. ARB (Waterschap West-Friesland/Kaagman). Ik teken hierbij aan dat het hier niet gaat om een geval van toezicht in de in deze studie bedoelde zin, zie § II.2.3.

115 Zie Van Dam 2000, nr. 1207. Denk hierbij aan exploitanten van bijvoorbeeld cafés, stadions en hotels.

116 Zie HR 2-12-1966, NJ 1967, 42 nt. GJS (*Haringkar*), en verder hierover Van Dam 1995, p. 65 e.v.

117 HR 13-1-1995, NJ 1997, 175 nt. CJHB (*De Heel/Korver*), en Van Dam 2000, nr. 1511-1512. Falend toezicht door scholen, leidend tot schade bij leerlingen, valt hier ook onder. Zie nader Van Dam 2000, nr. 1506, en Rietveld, *School en Wet* 2002, p. 121 e.v.

118 Zie Van Dam 1995, p. 80 en 92.

119 Zie Hof Den Haag 9-12-1976, NJ 1977, 381 (*Maat/Staat*). Vgl. over deze problematiek ook Hol 1995, p. 57 e.v., die dit in de sleutel van preventie zet.

er ook sprake van concreet toezichtsfalen omdat de politie tevoren wist wat er gebeuren ging.¹²⁰

Van Dam gaat in de sfeer van de ‘speciale relaties’ nog iets verder en dat is voor het Nederlandse recht niet onbelangrijk. Hij onderscheidt namelijk ook nog de gevallen, net zoals men dat in de Verenigde Staten pleegt te doen, waarin er een speciale relatie tot ‘de dader’ bestaat als een mogelijkheid om (toch) aansprakelijkheid voor nalaten te vestigen.¹²¹ Dat is hier natuurlijk van groot belang, want in gevallen van toezicht is er altijd een speciale relatie tot een persoon, en wel tot diegene op wie het toezicht wordt uitgeoefend, tot degene die uiteindelijk de schade heeft veroorzaakt (de primaire dader). Dat zou dus kunnen betekenen dat de terughoudendheid die bij aansprakelijkheid voor nalaten over het algemeen speelt, tegenover toezichthouders wellicht minder noodzakelijk is dan gedacht. De aanwezigheid van die speciale (toezichts)relatie maakt dat een gewone, althans niet terughoudend benaderde aansprakelijkheid zeer wel gerechtvaardigd zou kunnen zijn,¹²² omdat het dan niet om een zuiver nalaten gaat waarbij die terughoudendheid wel (of althans eerder) nodig lijkt.¹²³

3.7 De argumenten voor en tegen aansprakelijkheid

Het wordt tijd om nader in te gaan op de aangevoerde argumenten voor of tegen aansprakelijkheid wegens nalaten.¹²⁴ Omdat met name in Engeland zeer open en ruimhartig ingegaan wordt op die argumenten, zal ik bij mijn bespreking ervan ook voornamelijk terugvallen op het Engelse recht.

Lord Hoffmann noemt in het vervolg van het in § 3.2 al aangehaalde citaat uit de zaak *Stovin v. Wise* drie argumenten voor zijn opvatting dat aansprakelijkheid bij

120 Dat was bijvoorbeeld anders in de Engelse zaak waarin de politie aangesproken werd door de moeder van een slachtoffer van een seriemoordenaar omdat deze niet (tijdig) opgespoord werd. Deze persoon was namelijk lange tijd een onbekende voor de politie. Zie *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] 1 AC 53, en daarover Lunney/Oliphant 2003, p. 449.

121 Zie Van Dam 1995, p. 48 en p. 71 e.v., en Van Dam 2000, nr. 1601 en 1408-1410 (een school dient derden te beschermen tegen schadelijke gedragingen van leerlingen; hetzelfde geldt voor degene die toezicht houdt op psychiatrische patiënten en gevangenen). Zo’n relatie valt naar Amerikaans recht onder § 315 sub a Restatement (2nd) of Torts.

122 Van Dam 1995, p. 72, spreekt ook over toezichthouder-verantwoordelijkheid. Vgl. ook Von Bar 1996, Rdn. 166, die aangeeft dat de aansprakelijkheid van een psychiatrische inrichting in verband met gebrekkig toezicht strenger is dan de gewone aansprakelijkheid voor nalaten. Voor een voorbeeld, zie HR 12-5-1995, NJ 1996, 118 nt. JdB (‘t Ruige Veld/Univé). Om verwarring te vermijden, wijs ik er op dat Van Dam 2000, nr. 1601, op p. 439, de gevallen waarin er een speciale relatie tot een zaak of persoon bestaat, niet ziet als gevallen van ‘zuiver nalaten’, zoals de Hoge Raad dat doet in het *Struikelende broodbezorger*-arrest. Het gevolg is dat Van Dam voor die gevallen niet vereist dat aan bijzondere voorwaarden voldaan is om tot een plicht tot doen (en dus mogelijk aansprakelijkheid) te mogen concluderen, zoals hij wel in gevallen van zuiver nalaten eist. Volgens Van Dam is nalaten van een toezichthouder, gezien de speciale relatie tot de dader, geen zuiver nalaten, zodat voor terughoudendheid geen plaats is.

123 Over dat laatste aspect Van Dam 1995, p. 97.

124 Zie over deze argumenten ook nog hoofdstuk IX hierna, alwaar een en ander in een bredere perspectief geplaatst wordt.

nalaten zeldzaam moet zijn. Ten eerste is de inbreuk op iemands persoonlijke vrijheid groter bij aanvaarding van een plicht te handelen, ten tweede zou een dergelijke plicht op een grote en niet te bepalen of beperken groep personen kunnen rusten zodat de vraag gerechtvaardigd is waarom een bepaald persoon eruit gepikt wordt (het ‘*why pick on me?*’-argument) en ten derde is het economisch efficiënter dat een activiteit zijn eigen kosten draagt en deze kosten internaliseert.¹²⁵

Een volgend argument dat aangevoerd wordt tegen de aanvaarding van een ‘duty of care’ voor personen die als toezichthouder functioneren, is volgens Lord Browne-Wilkinson dat:¹²⁶

‘the proper performance of the defendant’s primary functions for the benefit of society as a whole will be inhibited if they are required to look over their shoulder to avoid liability in negligence.’

Een belangrijke reden voor terughoudendheid is dus vooralsnog dat de gedaagde niet gehinderd mag worden in de uitoefening van zijn taken door de dreiging van aansprakelijkheid.¹²⁷ Het gaat dan om (de vrees voor) ‘defensive conduct’ aan de zijde van de gedaagden, waarbij op abstract niveau afgewogen moet worden wat zwaarder weegt, namelijk ‘the total detriment to the public interest’ als men voor aansprakelijkheid zou opteren of ‘the total loss to all would-be plaintiffs’ als men dat niet zou doen.¹²⁸

Of die argumenten, in elk geval ten opzichte van toezichthouders, helemaal hout snijden, valt nog te bezien,¹²⁹ want ‘to prevent another from suffering harm’ (het voorkomen dat een ander schade lijdt) is nu precies waarvoor (de taak van) een

125 *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819, en § 2 hiervoor. Vgl. verder nog over deze argumenten Sugarman, 50 *UCLA Law Review* 585 (2002), p. 617-618; Cane 1999, p. 61 e.v., en uitvoerig Kortmann, *OUCLF* 2001, § III.2 e.v. Het eerste argument komt (beslissend en uitvoerig) terug in de speech van Lord Hoffmann in *Tomlinson v. Congleton Borough Council* [2003] UKHL 47, nr. 44 e.v. Zie daarover ook Koziol, *ZEUP* 2004, p. 248.

126 Zie *Barret v. London Borough of Enfield* [1999] 3 All ER 193, op p. 199; [1999] 3 WLR 79 (per Lord Browne-Wilkinson).

127 *Markesinis/Deakin* 1999, p. 145; Rogers 1998, p. 143; Van Gerven c.s. 1999, p. 356. Vgl. ook nog *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 715-716, waarin gezegd wordt dat er ‘much force’ in dit argument zit, maar dat men liever op andere gronden de vordering afwijst.

128 Zie *Barret v. London Borough of Enfield* [1999] 3 All ER 193, op p. 199; [1999] 3 WLR 79 (per Lord Browne-Wilkinson). Gezien EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 nt. EAA (Osman/Verenigd Koninkrijk), § 148-152, zal men echter enige terughoudendheid moeten betrachten bij het verlenen van een immuniteit (aan bijvoorbeeld de politie) op basis van ‘the public interest’, omdat zulks in strijd met art. 6 EVRM kan komen. Zie daarover, en de ‘aftermath’ van die uitspraak, bijvoorbeeld *Markesinis*, FS Stoll 2001, p. 289 e.v.; Kortmann c.s. 2001, p. 220 e.v.

129 Vgl. Cane 1999, p. 62: ‘these arguments really amount to very little.’ Zo ook Kortmann, *OUCLF* 2001, § III.4, ten aanzien van het derde argument.

toezichthouder in het leven wordt geroepen.¹³⁰ Dat rechtvaardigt derhalve een ‘inbreuk’ op de vrije wil van die ander en zal dus niet als argument tegen aansprakelijkheid gebruikt kunnen worden. En omdat er in beginsel slechts één toezichthouder zal zijn om op bepaalde gedragingen van bepaalde personen te letten, kan het argument dat er potentieel vele gedaagden zijn (die bovendien allemaal eventueel een regresmogelijkheid zouden hebben), ook niet overtuigen. Daarbij komt in zijn algemeenheid nog dat er ook in gevallen van ‘handelen’ vele potentiële veroorzakers kunnen zijn. Daarvoor zijn regels (over hoofdelijkheid en regres) ontwikkeld, en niet valt in te zien waarom dat ten aanzien van gevallen van nalaten niet zou kunnen.¹³¹ Dat de eerder al genoemde ‘floodgates’ bij aanvaarding van een (iets) ruimere aansprakelijkheid niet direct wagenwijd open zullen gaan, blijkt uit de ervaringen in andere landen, waar men niet zo terughoudend is en er (toch) geen problemen bestaan op dit vlak.¹³²

Daarnaast betekent het gehoor geven aan het ‘floodgates’-argument en de daaraan gekoppelde vrees voor ‘defensive conduct’ ook dat (een deel van) de prikkels om schade te voorkomen, worden weggenomen, en dat leidt tot minder preventieve maatregelen.¹³³ Bovendien, als het gedrag in kwestie gemeten kan worden aan de maatstaf van hoe een ‘redelijk handelend persoon’ had moeten handelen, zoals dat hier het geval zal zijn, dan valt niet in te zien waarom het een publiek belang zou dienen dat die maatstaf van ‘een redelijk handelend persoon’ niet aangelegd zou worden.¹³⁴ De ‘hinder’ die een eventuele aansprakelijkheid met zich zou brengen, het *chilling effect* ervan, is overigens feitelijk niet altijd aanwezig, zoals blijkt uit het onderzoek dat dienaangaande verricht werd bij de Engelse brandweer. Daaruit bleek namelijk dat de mogelijkheid van aansprakelijkheid niet leidde tot een defensieve opstelling van de brandweer en ook niet tot te hoge lasten wegens het afkopen van aansprakelijkheid.¹³⁵

Het argument van de economische efficiëntie lijkt daarmee vooral nog als enige overeind te blijven. Honoré noemt dit ook ‘the most plausible argument for sanctioning

130 Zo ook McLean, OJLS 1988, p. 454. Vgl. ook Giesen 2003, p. 332, en Coulon 2003, no. 217 e.v., die terecht (no. 222) aangeeft dat de toezichthouder gewoon binnen zijn bevoegdheden moet blijven.

131 In die zin expliciet Weinrib, 90 Yale LJ 247 (1980-1981), p. 262. Vgl. tevens Cane 1999, p. 63.

132 Daarop is gewezen door Markesinis, LQR 1989, p. 121 en 123.

133 Zie bijvoorbeeld Craig & Fairgrieve, P.L. 1999, p. 636; Giesen 2003, p. 331-332, en *Payton v. United States* 636 F.2d 132, op p. 148.

134 *Barret v. London Borough of Enfield* [1999] 3 All ER 193, op p. 208 en p. 228; [1999] 3 WLR 79, bij monde van Lord Slynn en Lord Hutton die hier de eerdere uitspraak van Evans, L.J. in deze zaak ([1998] Q.B. 367, op p. 380) citeren. Vgl. ook *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865, op p. 890 (per Stuart-Smith); Hol 1995, p. 62. Vgl. ook McLean, OJLS 1988, p. 452 en 454-455; Craig & Fairgrieve, P.L. 1999, p. 635, en Fairgrieve, P.L. 2002, p. 297.

135 Zie Hartshorne e.a., MLR 2000, p. 502 e.v., en daarover ook Vranken, WPNR 6428 (2001), p. 16, naar aanleiding van *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865. Vgl. verder Craig & Fairgrieve, P.L. 1999, p. 635. Zie over de geringe kracht van het argument van kostenstijgingen door aansprakelijkheid ook Hol 1995, p. 62-63.

acts more severely than omissions'.¹³⁶ Het vragen om een positief handelen zadelt een persoon op met meer kosten qua tijd, moeite, geld en deskundigheid dan een verbod met hetzelfde resultaat. Het kost de maatschappij dus minder om mensen te verplichten elkaar niet te schaden dan om mensen te verplichten elkaar te helpen.¹³⁷ Ik wijs er dan echter wel meteen op dat het volgens Smits moeilijk is om uit het 'Law & Economics'-debat over deze kwestie echt harde conclusies voor of tegen aansprakelijkheid te trekken, een conclusie die gedeeld wordt door Landes en Posner.¹³⁸ Kortmann betoogt daarentegen dat de rechtseconomische analyse geen valide argument vormt als het erom gaat aansprakelijkheid wegens een nalaten te ontkennen.¹³⁹ Wat van deze discussie verder ook zij, duidelijk lijkt wel te zijn dat via een regresvordering van de aansprakelijk gehouden toezichthouder op de primaire dader (al zal dat geregeld feitelijk lastig of onmogelijk zijn), in elk geval in theorie bereikbaar is dat de betreffende activiteit alsnog zijn eigen kosten draagt.¹⁴⁰

Wat daarnaast nog over het hoofd wordt gezien bij de nog steeds vrij frequent voorkomende algemene ontkenningen van het bestaan van een 'duty', is volgens Markesinis en Deakin dat het goed mogelijk is dat de schade of het gevaar dat door ingrijpen afgewend kan worden, zeer groot is terwijl de kosten van ingrijpen zeer klein zijn. Door een 'duty' dan bij voorbaat te ontkennen, kan de (in Nederlandse termen) *Kelderluik*-afweging niet uitgevoerd worden, terwijl de uitkomst daarvan best zou kunnen zijn dat aansprakelijkheid wenselijk is.¹⁴¹ Een tweede kritiekpunt in de Engelse literatuur betreft de nadruk die er gelegd wordt op de voorzienbaarheid in die gevallen dat er wel een 'duty' aangenomen wordt, omdat dat begrip of die eis te vaag zou zijn. Het wordt zinnvoller geacht om categorieën van gevallen te identificeren.¹⁴² Dit gegeven raakt echter niet aan de kern van de zaak, namelijk dat de argumenten voor terughoudendheid bij aansprakelijkheid wegens nalaten uiteindelijk niet steekhoudend lijken te zijn. De Nederlandse benadering verdient derhalve de voorkeur boven de Anglo-Amerikaanse.

Tot slot, het enkele feit dat de gedaagde een wettelijke taak uitoefent als overheidsorgaan, hetgeen hier zeer relevant is aangezien zulks bij toezichthouders met regelmaat

136 Honoré 1999, p. 41-42.

137 Honoré 1999, p. 42.

138 Smits 2000, p. 27, resp. Landes & Posner, JLS 1978, p. 123 ('the net effect of liability is unclear') en p. 124-125.

139 Zie uitvoerig met treffende voorbeelden Kortmann, OUCLF 2001, § III.4.

140 Het afwijzen van een vordering van S op T omdat daardoor de kosten niet bij D komen te liggen en deze dus niet geïnternaliseerd worden, maakt weinig indruk als die kosten zonder die vordering (van S op T) zeker ook niet bij D terecht zullen komen, omdat een vordering van S op D feitelijk onmogelijk is. Wellicht kan die vordering (van S op T) wel prikkelen tot het instellen van een regresvordering door T op D en zo alsnog tot het internaliseren van (een deel van) de kosten (door en bij D) leiden.

141 Zie hierover Markesinis/Deakin 1999, p. 139; Markesinis, LQR 1989, p. 118, en Whincup, NLJ 1994, p. 24. Vgl. ook Cane 1999, p. 63; Lunney/Oliphant 2003, p. 426; Faigrieve, P.L. 2002, p. 297 en 302, en Hol 1995, p. 63. Het erkennen van een 'duty' betekent uiteraard niet dat er steeds aansprakelijkheid aangenomen zal worden, aldus ook Markesinis, LQR 1989, p. 116.

142 Lunney/Oliphant 2003, p. 427-428. Vgl. ook Markesinis, LQR 1989, p. 117-118.

het geval zal zijn, staat op zich niet aan acceptatie van een ‘duty’ in de weg. Dat gegeven zal de beoordeling echter wel (extra) compliceren, denk bijvoorbeeld aan de beleidsvrijheid die zo’n toezichthouder zal hebben, en zodoende in elk geval de aanvaarding van een plicht tot handelen niet vereenvoudigen. Diezelfde wettelijke bevoegdheid of taak kan echter ook juist de ‘trigger’ zijn die de voor aansprakelijkheid benodigde (speciale) relatie tussen eiser en gedaagde schept.¹⁴³

3.8 Toegift (1): het Europese privaatrecht

Naast de voorgaande beschouwing over een aantal rechtsstelsels, kan tegenwoordig nog een (nieuw) perspectief in de overwegingen betrokken worden, namelijk dat van het Europese privaatrecht. Hoe is het gesteld met de aansprakelijkheid wegens nalaten op dat nog in ontwikkeling zijnde rechtsgebied? Loopt men op dat vlak in de pas met hetgeen hiervoor geconstateerd werd? In hoofdlijnen zien de ontwikkelingen er tot op heden als volgt uit.

Von Bar heeft in zijn monumentale werk over het ‘Europese’ onrechtmatige daadsrecht gesteld dat binnen dat Europese aansprakelijkheidsrecht, voorzover dat al zou bestaan, in zijn algemeenheid geldt dat de plicht om bepaalde schade te voorkomen of tegen te gaan, afhankelijk is van het bestaan van een bijzondere relatie tot het slachtoffer of tot de bron van het gevaar, zoals de primaire dader. Het gaat dus om de verantwoordelijkheid voor die bron van gevaar.¹⁴⁴ Met name de ‘Weisungsbefugnis’, de bevoegdheid om een bepaalde toestand te (laten) veranderen, van de aangesprokene is als bron van plichten van belang. Als zodanig kan echter ook de bijzondere professionele kennis die iemand heeft, dienst doen, als ten minste de ander erop mocht vertrouwen dat die kennis te zijner bescherming gebruikt werd. Een plicht gevaren af te wenden wordt verder gegrond op het economische voordeel dat de bron van gevaar oplevert en op de ‘allgemeine Sachherrschaft’, dat wil zeggen de mogelijkheid om controle uit te oefenen.¹⁴⁵

Op zoek naar de ‘common core’ op dit terrein constateert Van Gerven dat de Engelse terughoudendheid niet gedeeld wordt in Frankrijk en Duitsland.¹⁴⁶ Verder is relevant dat de aanwezigheid van een speciale relatie met de eiser tot een plicht en daarmee mogelijk aansprakelijkheid zal leiden, net zoals het scheppen van een bron van gevaar, bedoeld om te leiden tot eigen gewin. Wanneer het gaat om het niet voorkomen van schade door de handeling van een ander, en dat is de situatie die voor een toezichthouder het meest van belang lijkt te zijn, kan aansprakelijkheid met name in beeld komen indien er een relatie bestaat tussen partijen, en die relatie de zorg en

143 *Barret v. London Borough of Enfield* [1999] 3 All ER 193, op p. 216 en 217; [1999] 3 WLR 79 (per Lord Hutton); *X (minors) v. Bedfordshire CC* [1995] 3 All ER 353, op p. 367 (per Lord Browne-Wilkinson). Vgl. verder over de aansprakelijkheid van overheidsorganen naar Engels recht naast de voornoemde zaken bijvoorbeeld *Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002*, p. 105-107, met verdere verwijzingen.

144 Von Bar 1999, Rdn. 194 en m.n. 200 e.v.

145 Von Bar 1999, Rdn. 203-204.

146 Van Gerven c.s. 1999, p. 78-79.

controle bij de aangesprokene legt.¹⁴⁷ Of aansprakelijkheid wenselijk is, dient steeds bezien te worden aan de hand van het soort van inspanning dat de vereiste handeling met zich brengt; als de last daarvan te groot is, zou er geen aansprakelijkheid mogen bestaan.¹⁴⁸

De European Group on Tort Law, ook wel de Spier/Koziol-group, heeft in de 'draft Principles of European Tort Law' voornamelijk een specifieke bepaling voor gevallen van nalaten opgenomen in Art. 4:103:

- '(1) There is no general duty to act positively to protect others from damage.
(2) Such duty may, however, exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side points towards such a duty.'

Geen algemene plicht dus, maar wel diverse uitzonderingen op die niet bestaande algemene plicht.¹⁴⁹ De gekozen formulering stelt derhalve een negatief uitgangspunt voorop en dat straalt eenzelfde soort terughoudendheid uit die in Engeland de bovenaan voert.¹⁵⁰ Of dat echter de 'common core' van het Europese aansprakelijkheidsrecht is of zou moeten zijn, valt te bezien, zoals ook moge blijken uit hetgeen eerder beschreven werd. De gekozen formule voor de uitzonderingen op de algemene regel is mijns inziens ook redelijk nauw opgezet en niet steeds direct duidelijk. Zo ontbreekt een nadere bepaling van wie de 'parties' in deze zijn. Gaat het hier enkel om de speciale relatie tussen het slachtoffer en de toezichthouder of kan de relatie tussen de toezichthouder en de primaire dader ook een bron van plichten zijn voor de toezichthouder ten opzichte van het slachtoffer? Ook lijkt de relatie met een (on)roerende zaak als mogelijkheid om tot een 'duty' te komen, te ontbreken, al schuilt dat element wellicht in de term 'a dangerous situation'.

3.9 Toegift (2): het EVRM

In aansluiting op dit meer internationaal georiënteerde perspectief, komt naar Nederlands (internationaal) recht ook nog, en steeds pregnanter, het EVRM om de hoek kijken. In dit kader gaat het dan met name om (de ontwikkeling ten aanzien van) art. 2 EVRM. Dat artikel behelst namelijk, in elk geval voor de nationale autoriteiten (grof gezegd: de overheid), de verplichting om gepaste stappen te nemen om het leven te beschermen van een ieder die onder haar rechtsmacht ressorteert.¹⁵¹ Daartoe volstaat

147 Van Gerven c.s. 1999, p. 79-81.

148 Van Gerven c.s. 1999, p. 82.

149 Zie ook Koziol, ZEuP 2004, p. 248.

150 Zo niet echter Koziol, ZEuP 2004, p. 249, die meent dat deze bepaling verder gaat dan wat in de meeste landen de norm is.

151 Uit art. 3 EVRM volgt bovendien nog de plicht van de Staat om maatregelen te nemen zodat personen die onder zijn rechtsmacht ressorteren, niet worden onderworpen aan mishandeling. De autoriteiten moeten redelijke stappen nemen om mishandeling waarvan zij kennis hadden

het niet om alleen strafbepalingen op te nemen om misdrijven tegen het leven af te schrikken. In sommige omstandigheden verplicht dit artikel de overheid om preventief op te treden ter bescherming van een burger bijvoorbeeld indien diens leven gevaar loopt als gevolg van criminele handelingen van een ander.¹⁵² Vereist is dan wel dat aangetoond wordt dat de autoriteiten op de hoogte waren of hadden moeten zijn van een reëel en onmiddellijk gevaar voor het leven van specifieke personen en dat zij hebben nagelaten maatregelen te treffen die men redelijkerwijze had mogen verwachten om het gevaar af te wenden. Het is namelijk niet zo dat elke mogelijkheid van geweld voorkomen moet worden en de last voor de overheid mag niet disproportioneel zijn.¹⁵³

De voorzienbaarheid van het gevaar is, zo blijkt uit de hier gestelde voorwaarden, (opnieuw) van groot belang. Indien redelijkerwijs voorzienbaar was dat een gevangene, gezien zijn psychische toestand, een gevaar voor een andere gevangene zou kunnen zijn, mogen zij niet bij elkaar in één cel gezet worden. Daarop dient toegezien te worden en indien dat niet gebeurt, kan dat tot aansprakelijkheid van de gevangenisautoriteit leiden.¹⁵⁴ In het EVRM is naar mijn mening dus weinig steun te vinden voor terughoudendheid ten aanzien van (de aansprakelijkheid wegens nalaten door) toezichthouders. Als er ergens steun voor gevonden kan worden, is dat veeleer voor het tegendeel. Of zoals Smits het zegt: ‘art. 2 EVRM fungeert hier als bron van aansprakelijkheid in de verhouding overheid-burger.’¹⁵⁵

of konden hebben, te voorkomen. Zie EHRM 10-5-2001, NJB 2001, 29 (Z. e.a./Verenigd Koninkrijk), en Barkhuysen/Van Emmerik, O&A 2003, p. 114.

152 Zie EHRM 14-3-2002, NJB 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk); EHRM 3-4-2001, NJB 2001, 24 (Keenan/Verenigd Koninkrijk); EHRM 24-10-2002, NJB 2002, 52 (Mastromatteo/Italië), en EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 nt. EAA (Osman/Verenigd Koninkrijk), § 115, steeds voortbouwend op EHRM 9-6-1998, NJ 1999, 283 (L.C.B./Verenigd Koninkrijk). Zie ook nog Van Dijk, NTBR 2003, p. 188; Wright, OJLS 1998, p. 1.e.v., en Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede), r.o. 3.1.3.

153 Zie EHRM 14-3-2002, NJB 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk), waaruit volgt dat gedetineerden zich in een kwetsbare positie bevinden en bescherming behoeven; EHRM 3-4-2001, NJB 2001, 24 (Keenan/Verenigd Koninkrijk), waaruit blijkt dat dit in beginsel ook geldt in die gevallen waarin iemand zichzelf in gevaar brengt (zelfmoord in gevangenis), en EHRM 24-10-2002, NJB 2002, 52 (Mastromatteo/Italië). Het Hof verwijst daarbij naar de *Osman*-zaak, zie EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 nt. EAA (Osman/Verenigd Koninkrijk), § 116. De hier genoemde, uit de *Osman*-zaak voortvloeiende algemene beginselen gelden ook bij risico's voortvloeiend uit milieuvraagstukken (zoals bij een ontploffing op een vuilnisbelt die de illegale behuizing op die plek verwoest), zie EHRM 18-5-2002, NJB 2002, 38 (Öneryildiz/Turkije). De parallel met de gebeurtenissen in 'Enschede' die daarbij opkomt, is voldoende om het belang van deze rechtspraak te duiden, zie ook Barkhuysen/Van Emmerik, O&A 2003, p. 109 e.v., en de noot van Albers onder Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 (Enschede), steeds met verdere verwijzingen.

154 Vgl. het feitencolplex zoals aan de orde in EHRM 14-3-2002, NJB 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk). Zie tevens over het voorgaande Smits 2003, p. 144.

155 Smits 2003, p. 144. Vgl. ook de noot van Albers onder Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 (Enschede).

4 Conclusie: nalaten dient niet anders behandeld te worden

Ik wijs er nogmaals op (zie al § 3.2) dat het onderscheid tussen aansprakelijkheid wegens handelen en aansprakelijkheid wegens nalaten lastig te maken is, omdat het onderscheid tussen handelen en nalaten op zichzelf al lastig (te maken) is en (vaak eenvoudig) omzeild kan worden. Ik gaf eerder al aan dat een verwijt vaak in termen van een handeling of van een nalaten gegoten kan worden en dat eigenlijk bijna elk nalaten ook als een onjuist handelen omschreven zou kunnen worden.¹⁵⁶ Voor Cane bestaat er dan ook geen manier of reden om beide van elkaar te scheiden.¹⁵⁷

Deutsch gaat ook nader in op dit punt en concludeert te dien aanzien dat de pogingen om handelen en nalaten van elkaar af te grenzen, vooralsnog niet overtuigend zijn geweest. Zelf start hij vanuit een gezichtspunt dat het hele aansprakelijkheidsrecht doortrekt, namelijk het 'Grundmoment' van aansprakelijkheid, dat van 'het gevaar'. De activiteit (om het neutraal te formuleren) die het gevaar vergroot, dat wil zeggen een risico voor een rechtsgoed of een grotere mogelijkheid van een normschending schept, is een handeling; de activiteit die aan die eigenschap niet voldoet, die het gevaar niet verhoogt, betreft een nalaten.¹⁵⁸

Lunney en Oliphant concluderen echter dat er wel een rationeel onderscheid mogelijk is, en wel in die zin dat een 'common sense distinction' mogelijk is tussen 'dingen erger maken' en 'dingen niet beter maken', waarbij in het laatste geval de restrictie op de individuele vrijheid veel groter is. Het onderscheid is echter relatief ('one of degree'), zo moeten ook zij erkennen.¹⁵⁹ Honoré zat ook al op deze koers maar concludeerde nog dat 'interventions' over het algemeen 'more objectionable' zijn dan nalaten – zodat de aansprakelijkheid voor nalaten minder ver reikt – omdat die een stabiele, zekere situatie (de status quo) verstoren.¹⁶⁰

Een formulering van een vordering in termen van ofwel een handelen ofwel een nalaten, is dus op zich wellicht nog wel mogelijk, maar lijkt eigenlijk niet heel veel verschil te maken voor de juridische beoordeling. De (mate van) aansprakelijkheid dan echter wel (substantieel) laten verschillen, zou dan op zijn minst vreemd zijn; het zou veeleer 'legal policy' moeten zijn die de doorslag geeft.¹⁶¹ Daarin schuilt dus een argument tegen een aparte aansprakelijkheidsregeling voor nalaten. Met andere woorden, de her en der beledendheid ten aanzien van de aansprakelijkheid wegens nalaten, van een toezichthouder of in algemene zin, lijkt niet wenselijk en juist.

156 Daarover Lunney/Oliphant 2003, p. 426; Hart/Honoré 1985, p. 138. Vgl. ook nog Van Dam 1995, p. 7 en 47, en Honoré 1999, p. 50-53, die het onderscheid uiteindelijk baseert op 'intervening in the world so as to bring about change'.

157 Cane 1999, p. 64.

158 Deutsch 1995, Rdn. 40.

159 Lunney/Oliphant 2003, p. 426. Zo ook Weinrib, 90 Yale LJ 247 (1980-1981), p. 251. Vgl. verder nog Kortmann, OUCFL 2001, § II.

160 Honoré 1999, p. 64. Kritisch daarover Kortmann, OUCFL 2001, § III.7.

161 Zo Cane 1999, p. 64.

In dit kader wijs ik er nog op dat in *psychologische* zin een formulering (van een verwijt) in termen van een nalaten in plaats van een handelen, wel van invloed zou kunnen zijn. Dit heet de ‘omission bias’ en die ‘bias’ komt hierop neer dat een handeling die een ander schade toebrengt, als slechter (‘more blameworthy’) beoordeeld wordt dan een nalaten dat die ander dezelfde (of meer) schade bezorgt. Proefpersonen geven dan ook minder schadevergoeding bij schade door een nalaten. In juridische termen gezien zou dat inzicht dus vertaald kunnen worden als ‘eerder aansprakelijkheid bij handelen dan bij nalaten’. Echter, het betreft hier een ‘bias’ zodat die conclusie nu juist niet getrokken zou mogen worden.¹⁶²

Dit alles spreekt des te sterker in de context van de aansprakelijkheid van toezichthouders, aangezien het aan een toezichthouder opleggen van een ‘duty’, een plicht te handelen, betekent dat deze een plicht krijgt om een gevaar of schade te voorkomen. En dat is precies wat een toezichthouder in zijn algemeenheid geacht wordt te doen, zodat een eventuele aansprakelijkheid, ook voor een nalaten waarvoor dan een plicht gevonden moet worden, passend lijkt te zijn, indien zulks niet (voldoende) geschied is.

5 Afronding en een korte vooruitblik

Aansprakelijkheid voor nalaten is mogelijk indien er een plicht tot handelen bestaat. Daarbij lijkt voor toezichthouders speciaal van belang te zijn dat hun handelen er nu juist op gericht zou moeten zijn, dat is waar het mijns inziens uiteindelijk bij toezicht om draait, om het gevaar of de risico’s van schade en de ernst ervan op tijd te onderkennen. Zij moeten trachten, als controlerende instantie, om het gevaar tijdig te doorgronden, omdat de ‘gewone’ burger daartoe niet in staat wordt geacht. De toezichthouder zou de kennis (van de risico’s) en de kunde (om de risico’s te vermijden) moeten hebben die de burger ontbeert.¹⁶³ Men zou dan ook kunnen stellen, in de terminologie van het *Struikelende broodbezorger*-arrest, dat het bij de aansprakelijkheid van toezichthouders hierom gaat of de toezichthouder voldoende gedaan heeft om ‘de ernst van het gevaar tot het bewustzijn *te laten doordringen*’. Ook zo bekeken, is er voor terughoudendheid bij aanvaarding van aansprakelijkheid minder plaats dan soms wel wordt gedacht.

Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat, voorzover het al wenselijk zou zijn om een onderscheid tussen aansprakelijkheid wegens handelen en aansprakelijkheid wegens nalaten te aanvaarden (hetgeen mijns inziens niet het geval is), de voor die laatste vorm van aansprakelijkheid benodigde plicht tot handelen, te vinden is. Dat geldt ook in onze door individuele vrijheid geregeerde, liberale samen-

¹⁶² Zie Baron 2000, p. 292, 400, 504 en 516, en Baron/Ritov, *Journal of Risk and Uncertainty* 1993, p. 24.

¹⁶³ Giesen 2003, p. 332. Vgl. over die kennis en kunde Van Dam 1995, p. 64 en 78, en Van Dam 2000, nr. 1606, die deze kennis en kunde als rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid van toezichthouders opvoert, ook (doch iets meer opgetuigd) als er geen speciale relatie tot een persoon of zaak bestaat.

leving; de maatschappelijke solidariteit heeft blijkbaar ook hier een plek veroverd. De (bijzondere) relatie tussen de ‘toezichthouder’ (T) en het slachtoffer (S), dan wel de relatie tussen de ‘toezichthouder’ en de primaire dader (D), biedt voor het lokaliseren en benoemen van dergelijke plichten voldoende ruimte.

Hoe ver de zo gevonden plicht om zorgvuldig te handelen dan vervolgens reikt, is afhankelijk van de voorzienbaarheid, de andere afwegingsfactoren uit het *Kelderluik*-arrest en de in die afweging besloten gelegen ‘beleidsvrijheid’.¹⁶⁴ Meer daarover volgt in de hoofdstukken V, VIII en IX. Bij die afweging zal de rechter naar het zich laat aanzien ook aandacht moeten besteden aan het argument dat er een preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht kan uitgaan. De verplichting om iemands schade te vergoeden na een (ten onrechte) nalaten, kan personen en organisaties immers stimuleren om bij voorbaat maatregelen te nemen om dergelijke fouten in de toekomst te vermijden, en dat kan een belangrijke reden zijn om tot aansprakelijkheid te besluiten.¹⁶⁵

164 Zie nader Giesen 2003, p. 319 e.v., p. 328 en p. 333; Van Dam 1995, p. 79, en de specifieke toets in Hof Arnhem 14-3-2000, NJ 2002, 289 (Kirsty P./K en KNGB). Vgl. ook al Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974), op p. 1031.

165 In algemene zin bijvoorbeeld Barendrecht, NJB 2002, p. 606 e.v. (en p. 609 voor toezichthouders); Hol 1995, p. 58, en voor toezichthouders Giesen, AV&S 2002, p. 102 en 108; Giesen 2003, p. 331-332. Verder zou nog bekeken kunnen worden of de eerder al genoemde notie van ‘controle’ een zelfstandige rol speelt, vgl. Barendrecht, NJB 2002, p. 611; § 3.2 en § 3.3 hiervoor, en Van Dam 1995, p. 65 (de controle kan intensiever zijn als er meer personen profiteren van de gunstige effecten daarvan), maar ik heb eerder (§ II.2.5) al aangegeven dat dat niet voor de hand ligt.

V | De invloed van het bestuursrecht en de positie van de overheid

1 Inleiding

Een volgend belangrijk aspect voor de uiteindelijke beoordeling, invulling en bepaling van de zorgvuldigheidsnorm is dat de uitoefening van het toezicht (het verrichten van de toezichthoudende taak) als zodanig regelmatig onderworpen zal zijn aan *bestuursrechtelijke* regels.¹ Zo zijn bijvoorbeeld de NMa en de OPTA zelfstandige bestuursorganen,² met alle Awb-gevolgen van dien. Een van de vragen die dan rijst, is wat de invloed is van de regels aangaande het (bestuurlijk) toezicht zoals neergelegd in de artt. 5:11 e.v. Awb. Zijn die regels ook van invloed op de eventuele aansprakelijkheid van de toezichthouder (§ 2)?

Daarnaast rijst natuurlijk de vraag wat de invloed is, of zou moeten zijn, van de leer van de formele rechtskracht.³ Ik ga in § 3 nader daarop in. Erg belangrijk is verder dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de toezichthouder ook de beleidsvrijheid die overheidsorganen in beginsel hebben, mee gaat spelen. Dit aspect komt in § 4 aan bod. In § 5 ga ik nog kort in op de vraag of het niet nodig zou zijn om de aansprakelijkheid van de overheid wegens falend toezicht als een apart thema te benoemen en vervolgens ook als zodanig apart te onderzoeken.⁴

1 En dan met name natuurlijk de regels van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb).
2 Zie bijvoorbeeld Van der Meulen 2003, p. 27. Ook DNB, AFM en PVK zijn bestuursorganen, zie bijvoorbeeld Van Dijk, NTBR 2003, p. 190.
3 Zie al Van Rossum 2001, p. 22 e.v. Indien de toezichthouder een bestuursorgaan is, zal bijvoorbeeld ook nog de vraag kunnen rijzen of het nodig is dat het slachtoffer van falen van die toezichthouder een zogenaamd zelfstandig schadebesluit dient uit te lokken en wat dan de gevolgen daarvan zijn. Ik ga daar niet speciaal op in maar raak wel aan die problematiek in § 3 hierna. De eventuele invloed van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of toezicht (Van Rossum 2001), komt aan bod in § VII.3. Ik ga hierna niet in op de vraag naar het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid door 'organisaties met een publieke taak'. De vraag of die organisatie eventueel aansprakelijk is, wordt daardoor niet geraakt. Zie verder Scheltema/Scheltema 2003, p. 50 e.v.; Scheltema/Scheltema, NJB 2004, p. 771-773.
4 Een reden daarvoor zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat overheidsinstanties in Engeland minder snel aansprakelijk zullen zijn. Zie Bright, OJLS 2001, p. 318, en ook nog § XI.3.1. Ik ga in dit onderzoek overigens niet in op de vraag in hoeverre de Staat als zodanig ook nog naast een andere overheidstoezichthouder (bijvoorbeeld AFM, DNB) aansprakelijk zou kunnen zijn, zie nader Van Dijk, NTBR 2003, p. 194-195. De ontoereikende eigen vermogens van bepaalde toezichthouders zouden daartoe aanleiding kunnen geven, maar in een aantal gevallen geldt dan al een vrijwaring door de overheid, zie nader hoofdstuk XI, zodat compensatie gewaarborgd is en de schade gespreid wordt (vgl. de ratio die Van Dijk voor deze aansprakelijkheid aanvoert).

2 Regels van algemeen bestuursrecht over toezicht

De regels van het algemene bestuursrecht zoals neergelegd in de Awb, hebben ten dele ook betrekking op toezicht. Ik doel hiermee vooral op afd. 5.2 Awb, betreffende het zogenaamde ‘handhavingstoezicht’.⁵ In die afdeling is allereerst het begrip ‘toezichthouder’ gedefinieerd in art. 5:10 Awb, maar zoals wij al zagen, is die definitie circulair.⁶

Verder worden er in algemene zin diverse plichten en bevoegdheden voor toezichthouders omschreven, waarbij het hier dan alleen gaat om natuurlijke personen.⁷ Zo dient de toezichthouder een legitimatiebewijs bij zich te dragen (art. 5:12 Awb). De bevoegdheden zoals genoemd in afd. 5.2 komen in beginsel aan elke toezichthouder toe, tenzij de wet of het aanwijzingsbesluit (art. 5:14 Awb) dat anders regelt.⁸ Bevoegdheden die een toezichthouder in beginsel heeft, zijn de bevoegdheid om elke plaats te betreden, woningen uitgezonderd (art. 5:15 Awb), om inlichtingen te vorderen (art. 5:16 Awb), om inzage in zakelijke bescheiden te vorderen en daarvan kopieën te maken (art. 5:17 Awb), om zaken te onderzoeken en monsters te nemen en eventueel verpakkingen te openen (art. 5:18 Awb). Ook mag hij vervoermiddelen onderzoeken (art. 5:19 Awb). Een ieder is verplicht om aan zo’n toezichthouder alle medewerking te verlenen, tenzij kort gezegd hun geheimhoudingsplicht in het geding komt (art. 5:20 Awb).⁹

Vanuit het oogpunt van civielrechtelijke aansprakelijkheid zal met name relevant zijn in hoeverre een toezichthouder hier eventueel zijn bevoegdheid overschreden heeft of ten onrechte een bevoegdheid die hem niet toekwam, benut heeft. Dat laatste zal over het algemeen niet veel problemen (mogen) opleveren en eenvoudig vast te stellen zijn. Werd inderdaad ten onrechte een bevoegdheid gebruikt en levert dat schade voor een derde op, dan zal aansprakelijkheid lastig te ontlopen zijn. Moeilijker ligt de vraag of een toezichthouder eventueel zijn boekje te buiten is gegaan bij het gebruik van een bevoegdheid die hij in beginsel had. Art. 5:13 Awb geeft expliciet aan dat de

5 Handhavingstoezicht is een in bestuursrechtelijke kringen gebruikelijk aanduiding. Het gaat dan om toezicht door of vanwege de overheid, zie Jansen 1997, p. 137 en p. 139, en Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 424. Ik ga voorbij aan Titel 10.2 van de Awb betreffende het toezicht op bestuursorganen. Het betreft hier een vorm van bestuurlijk toezicht (goedkeuring, vernietiging en schorsing van besluiten) van het ene bestuursorgaan op het andere bestuursorgaan, hetgeen in beginsel niet raakt aan de verhouding tussen toezichthouder en burger, consument of derde zoals in deze studie aan de orde is. Zie nader Hofman 1997, p. 279 e.v., en Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, m.n. hoofdstuk 11.

6 Zie § II.5.

7 Het gaat dus niet om de aanwijzing van een bestuursorgaan als toezichthouder in de hier bedoelde zin, zie Jansen 1997, p. 163; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 425, en Van Setten 2004, p. 25.

8 Nader daarover Van Setten 2004, p. 30; Jansen 1997, p. 163. Overigens kan de wetgever in bijzondere gevallen natuurlijk ook nog andere bevoegdheden regelen, zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 425; Jansen 1997, p. 144.

9 Zie over het voorgaande Van Setten 2004, p. 30 e.v.; Jansen 1997, p. 146 e.v.; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 426-427.

toezichthouder slechts van zijn bevoegdheden gebruik mag maken voorzover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Hij dient het proportionaliteitsvereiste in het oog te houden.¹⁰ Beoordeling van die vraag zal lastig zijn en vergt een afweging per geval waarbij de toezichthouder toch ook de nodige vrijheid van handelen gelaten zal moeten worden.

3 Invloed op de aansprakelijkheid van de toezichthouder: formele rechtskracht

3.1 Inleiding

Een schoolvoorbeeld van de invloed van het bestuursrecht op de eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder, levert het vonnis in eerste aanleg van de Rechtbank Den Haag in de *Enschede-zaak*.¹¹ Weliswaar werd in dat geval niet de zorgvuldigheidsnorm als zodanig specifiek ingekleurd via of door middel van de bestuursrechtelijke achtergrond van de zaak, maar de uiteindelijke uitkomst in die zaak werd wel mede ingegeven doordat de leer van de formele rechtskracht mee ging spelen. Dat was overigens ten onrechte, naar mijn mening. Ik kom daarop terug in § 3.3.

3.2 Formele rechtskracht en toezicht

Eerst dient in meer algemene zin geanalyseerd te worden wat de invloed van de leer van de formele rechtskracht zou kunnen zijn.¹² Dat is van belang omdat veel toezichthouders, zoals de AFM en DNB, om maar eens twee voorbeelden te noemen, bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onder b Awb zijn, net zoals de PVK dat tot de fusie was.¹³ Dat betekent dat het veelal zal gebeuren dat zij een (in bestuursrechtelijke zin begrepen) *besluit* nemen,¹⁴ met alle Awb-gevolgen van dien. Dat zal bijvoorbeeld betekenen dat daarmee (de rechtsbescherming van) de Awb van toepassing is.¹⁵ Tegen

10 Zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 427, alsmede hierover Van Setten 2004, p. 28-30.

11 Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede). Zie verder nog Albers, NTB 2004, p. 201 e.v.

12 Hiermee raken wij het meer algemene thema van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Ik volsta hier met de opmerking dat die vraag kan rijzen indien de toezichthouder ook een bestuursorgaan is. Indien het om een feitelijk handelen gaat, zal de civiele rechter de vordering beoordelen; indien het om een besluit gaat, is er de keuze om via het bestuursrecht of via het civiele recht tot afwikkeling te komen. Zie voor een mooi overzicht De Graaf/Marseille, NJB 2004, p. 779 e.v. De vraag wanneer en waarom een toezichthouder dan eventueel aansprakelijk is, wordt zodoende echter niet beantwoord zodat ik er verder aan voorbij ga.

13 Zie bijvoorbeeld De Kluiver 1998, p. 83; Koning 2000, p. 97-98; Van Dijk, NTBR 2003, p. 190.

14 Zie art. 1:3 lid 1 Awb: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

15 Zie Tillema, NJB 2000, p. 1197; Koning 2000, p. 97 en 99.

een dergelijk besluit, bijvoorbeeld de intrekking van de vergunning het verzekeringsbedrijf uit te voeren,¹⁶ staat dan voor belanghebbenden bezwaar en beroep én hoger beroep open.¹⁷

Het belang van deze constatering vanuit het oogpunt van de eventuele aansprakelijkheid van toezichthouders, is in de eerste plaats natuurlijk hierin gelegen dat, kort gezegd, indien een besluit van een toezichthouder door de bestuursrechter vernietigd wordt, daarmee tevens vaststaat (het oordeel heeft ‘*bindende kracht*’) dat er in civielrechtelijke zin onrechtmatig gehandeld is door de toezichthouder (ook wel: de leer van de *oneigenlijke formele rechtskracht*), en dat de schuld van het bestuursorgaan, de toezichthouder, dan in beginsel gegeven is.¹⁸ In de tweede plaats is van belang dat indien er géén bezwaar en beroep tegen zo’n besluit wordt ingesteld, of dat beroep ongegrond wordt bevonden, het besluit *formele rechtskracht* heeft verkregen. Dat betekent dat er vanuit moet worden gegaan dat het besluit rechtmatig is, zodat het bestuursorgaan niet aansprakelijk is in verband met de eventuele onrechtmatigheid van het besluit.¹⁹ Beide varianten kunnen verstrekkende gevolgen hebben.²⁰

Van belang daarbij is wel nog, en dat haalt wel wat kou uit de lucht, is dat de leer van de formele rechtskracht niet altijd een rol zal spelen in de relatie tussen de toezichthouder en de ‘derde’ (bijvoorbeeld de gedupeerde polishouders of beleggers).²¹ Indien de derde namelijk niet tegen het besluit van de toezichthouder heeft *kunnen* ageren, bijvoorbeeld omdat de derde geen belanghebbende was,²² zal die derde later in beginsel zijn handen vrij hebben en zal hem geen formele rechtskracht

16 Vgl. art. 148 Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993.

17 Boshuizen 2001, p. 249; Tillema, NJB 2000, p. 1198; Grundmann-van de Krol 2002, p. 500; Koeman 2000, p. 16-17 en 20. De bevoegde rechter in beroep is overigens, als het om financieel toezicht gaat, de Rechtbank Rotterdam, met de mogelijkheid van hoger beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB).

18 Zie over die leer bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 273 e.v.; Van Maanen/De Lange 2000, m.n. p. 113 e.v. (ook voor de gebruikte terminologie); Van der Meulen 2001, p. 23; Van der Does/Snijders 2001, nr. 6 en 41; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 661 e.v., steeds met verdere verwijzingen. Overigens kan in deze gevallen ook schadevergoeding via art. 8:73 Awb toegekend worden, vgl. naast de al genoemde bronnen nog De Kluijver 1998, p. 86.

19 Zie voor vindplaatsen de vorige noot. Eventueel kunnen ander fouten nog wel een rol spelen, vgl. ook Albers, NTB 2004, p. 201.

20 Teneinde die gevolgen voor de aansprakelijke overheid te temperen, kan het relativiteitsvereiste van belang zijn: de geschonden norm dient te strekken tot bescherming van het geschonden belang. Dat betekent hier dat het vernietigde besluit een individueel belang aangetast dient te hebben, zie Van Maanen/De Lange 2000, p. 119; Koeman 2000, p. 20.

21 Zie, naast het navolgende, over mogelijke uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht HR 7-5-2004, RvdW 2004, 69 (P./Den Haag), r.o. 3.4.3 (gehandeld in strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel, waardoor er geen sprake meer was van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak) alsmede de conclusie van Wesseling-Van Gent voor die uitspraak, nr. 2.5 e.v.

22 Volgens Van Dijk, NTBR 2003, p. 189, noot 5, zal er in gevallen van financieel toezicht niet snel sprake zijn van een derde die belanghebbende is of was. Naast het hierna betoogde, wijs ik er verder nog op dat de leer van de formele rechtskracht onder andere vereist dat er een met voldoende waarborgen omkleedde (administratieve) rechtsgang open stond. Indien iemand geen belanghebbende is, is dat niet het geval, zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 661.

tegengeworpen kunnen worden als hij alsnog een civiele procedure begint jegens de toezichthouder.²³ Evenzeer geldt in een geval waarin de derde geen belanghebbende is, dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder nog niet gegeven is indien een besluit eerder (door toedoen van een ander) vernietigd werd. Bovendien zal een wellicht wel (door de onder toezicht gestelde) bestreden, doch in stand gebleven besluit in een dergelijk geval niet op zichzelf voldoende zijn voor een afwijzing van aansprakelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van de derde. Dit alles wil overigens niet zeggen dat een besluit in de relatie tussen de toezichthouder en de derde die geen belanghebbende is, geen enkele invloed zal kunnen hebben, maar een onrechtmatigheidsoordeel op basis van de leer van de formele rechtskracht zal in die relatie waarschijnlijk geen rol spelen.

Is de betrokkene (de gedupeerde derde) weliswaar niet de geadresseerde van het besluit, maar is hij wel derde-belanghebbende,²⁴ en kan hij dus beroep instellen bij de bestuursrechter, dan geldt de formele rechtskracht van het besluit echter ook jegens hem indien hij nalaat van die mogelijkheid gebruik te maken. Is het besluit niet aangevallen of het beroep ongegrond bevonden, dan is er derhalve een rechtmatig besluit genomen.²⁵

De leer van de formele rechtskracht zal dus voornamelijk een rol spelen bij besluiten die ook ten opzichte van de derde, en niet alleen ten opzichte van de onder toezicht gestelde, van belang zijn, besluiten waarbij die derde ook 'belanghebbende' kan zijn. Die gevallen zullen zich overigens geregeld voordoen, bijvoorbeeld omdat de derde een besluit (om te handhaven; om een illegale situatie op te heffen) kan vragen.²⁶ Belanghebbende in de zin van de Awb is degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (art. 1:2 Awb). Vereist is in dat kader dat de klager een eigen (niet optredend voor een ander), persoonlijk (kenmerkend, individualiseerbaar), rechtstreeks (voldoende in verband staand met het besluit in kwestie), objectief bepaalbaar (objectief vaststelbaar en niet toekomstig), en enigszins substantieel (niet buitengewoon gering) belang dient te hebben.²⁷

23 Zie Van der Meulen 2001, p. 23; Van Dam 2002, p. 41, en verder hierover Van der Does/Snijders 2001, nr. 6d, verwijzend naar HR 20-11-1987, AB 1988, 117 nt. FHvdB (Montenegro/Staat); Van Maanen/De Lange 2000, p. 122; Grosheide 2001, p. 94, alsmede de conclusie van A-G Mok voor HR 8-9-1995, AB 1996, 57 (Utrecht/Budinovsky). Anders echter Jurgens 1996, p. 193-194, die in situaties van gedogen nogal terughoudend is in deze: als een besluit uitgelokt kon worden, had de derde-belanghebbende dat moeten doen en daartegen ageren. Doet deze dat niet, dan komt dat voor zijn rekening. Een andere uitzondering (op de regel dat er eerst een bestuursrechtelijk oordeel uitgelokt moet worden) betreft de gevallen van een zelfstandig schadebesluit, zie Van der Does/Snijders 2001, nr. 41. Ik ga daaraan nu voorbij.

24 Derde-belanghebbende is hij die rechtstreeks in zijn belang is getroffen door een tot een ander gericht besluit, zie Van Male 1992, p. 41, en Van der Meulen 2001, p. 16.

25 HR 8-9-1995, AB 1996, 57 (Utrecht/Budinovsky); Van der Does/Snijders 2001, nr. 6d; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 667-668.

26 Zie hierna en bijvoorbeeld Van Setten 2004, p. 14-15; Jurgens 1996, p. 193-194.

27 Zie over die eisen onder andere Koetser 1992, p. 111; Van Male 1992, p. 46; Koning 2000, p. 102; Brenninkmeijer 2001, p. 54 e.v., en De Poorter, M&M 2000, p. 38.

Een categorie gevallen die hier vervolgens speciaal relevant is, betreft die, als gezegd, waarin een derde de toezichthouder verzoekt een bepaald besluit te nemen,²⁸ bijvoorbeeld een handhavingsbesluit, omdat die derde meent dat de onder toezicht gestelde een bepaalde regel overtreedt. De beslissing van de toezichthouder om al dan niet te handhaven, zou dan een besluit kunnen zijn²⁹ en dan kan de derde belanghebbende zijn bij dat besluit. Dat er sprake is van een besluit, is overigens niet steeds zeker.³⁰ Indien de derde echter belanghebbende is en een dergelijk besluit, zoals de weigering om bestuursdwang toe te passen, later vernietigd wordt, zal het nemen van dat besluit een onrechtmatige daad zijn, met alle mogelijke gevolgen van dien.³¹

Speciaal van belang lijkt verder nog dat de bevoegdheid van de toezichthouder om tot handhaving over te gaan, kan verworden tot een *plicht* om dat te doen, zodat een weigering niet zonder meer mogelijk is. Dat lijkt het geval te zijn indien handhaving in redelijkheid niet achterwege gelaten kan worden.³² Volgens Albers was daarvan sprake in de *Enschede-zaak*.³³ Ook voor de handhaving van de financiële wetgeving zou het wel eens zo kunnen zijn dat een dergelijke plicht zal worden

28 Vgl. Van Setten 2004, p. 14-15, en Daalder 1998, p. 388, die overigens meent dat dergelijke besluiten in de financiële sector zeldzaam zullen zijn, omdat het toezicht daar niet gericht is op de mededinging, zodat de concurrenten minder actief jegens elkaar zullen opereren. Overigens, het betreft hier een *aanvraag* tot het nemen van een besluit in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb indien de verzoeker belanghebbende is, zie Koning 2000, p. 101.

29 Zie bijvoorbeeld Koeman 2000, p. 17, en voor de beslissing betreffende het toepassen van bestuursdwang art. 5:24 lid 1 Awb. Let wel: het uitlokken van zo'n besluit heeft natuurlijk geen nut meer als de ramp zich al voltrokken heeft, vgl. Albers, NTB 2004, p. 202. In dat soort gevallen (Enschede) speelt dit dus geen rol meer van betekenis.

30 Vgl. Van Male 1992, p. 85 en 83; Koning 2000, p. 102, en Michiels 1994, p. 49. Koeman 2000, p. 18, laat deze vraag open. Van Setten 2004, p. 19-21, geeft aan dat de weigering om te gedogen, geen besluit is. Zo ook Vz. Afd. bestuursrechtspraak RvS 20-6-2002, AB 2002, 355 (Electrabel/Gelderland). Boshuizen 2001, p. 237, erkent dat polishouders belanghebbende kunnen zijn (anders p. 240), maar meent toch dat een derde de rechtshandhaving door de toezichthouder niet kan afdwingen. In CBB 23-5-2000, AB 2000, 331 nt. JHvdV (Becking/De Verzekeringkamer) werd een individuele pensioengerechtigde niet als belanghebbende aangemerkt bij uitoefening van een toezichtsbevoegdheid, maar dat hing (mede) samen met de speciale wettelijke regel die van toepassing was. Bij een aanwijzing aan de AEX of de afwijzing van een benoeming tot bestuurder, zijn degene op wie de aanwijzing ziet en de beoogd bestuurder wel belanghebbende, zie CBB 11-1-2000, AB 2000, 180 nt. JHvdV (PBI/STE) en CBB 19-12-2000, AB 2001, 131 nt. JHvdV (V./STE).

31 Vgl. Koeman 2000, p. 18.

32 In die zin Daalder 1998, p. 399; Vermeer, JBplus 2001, p. 81. Zie ook Vz. Afd. bestuursrechtspraak RvS 30-6-2004, NJB 2004, 51 (Dalfsen) en over gedogen en de plicht tot handhaving ook § VIII.2.2.3; Hennekens en Michiels, RM Themis 2001, p. 250-253; Blomberg, M & R 2002, p. 284 e.v.; Van Setten 2004, p. 14 e.v., Albers, NTB 2004, p. 206, en de noot van Albers onder Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 (Enschede).

33 Albers, NTB 2004, p. 204.

aangenomen, bijvoorbeeld omdat in dat kader veel aandacht op diezelfde handhaving gericht is.³⁴

3.3 Formele rechtskracht in Enschede

Mijns inziens werd door de rechtbank in de procedure tegen de gemeente Enschede ten onrechte de leer van de formele rechtskracht toegepast.³⁵ Gevolg daarvan was dat de aansprakelijkheid van de gemeente ten opzichte van de slachtoffers van de vuurwerkrap in elk geval (mede) daarop stuk liep. De Rechtbank Den Haag overweegt dat de eisers geen beroep hebben ingesteld tegen de Wet milieubeheer (Wm) vergunning en de Wm-wijzigingsvergunning uit 1997 en 1999 en dat de door anderen ingestelde beroepen niet tot vernietiging daarvan hebben geleid. Daarom hebben die besluiten formele rechtskracht en uitzonderingen daarop doen zich volgens de rechtbank niet voor (dat de publicatie van een besluit eventueel een gebrek vertoont, is geen uitzondering; een erkenning van onrechtmatigheid doet zich niet voor).³⁶

Mijn probleem met die redenering voor wat betreft de juridische houdbaarheid ervan, is dat deze niet ingaat op de belangrijkste vraag, namelijk of de eisers in deze procedure wel op enig moment hebben *kunnen ageren* tegen de besluiten van de gemeente. Die vraag is van groot belang want, zoals ik eerder al aangaf, indien de derde niet tegen het besluit van de toezichthouder kon ageren, bijvoorbeeld omdat hij geen *belanghebbende* was, zal die derde later in beginsel zijn handen vrij hebben en zal hem geen formele rechtskracht tegengeworpen kunnen worden als hij alsnog een civiele procedure begint tegen de toezichthouder.³⁷ Bovendien zal een wellicht wel (door anderen) bestreden, doch in stand gebleven besluit niet op zichzelf voldoende zijn voor een afwijzing van aansprakelijkheid jegens de derde zoals hier de eisers. Indien echter de betrokkene (de gedupeerde derde) weliswaar niet de geadresseerde

34 Koeman 2000, p. 17; Tillema, NJB 2000, p. 1200. Omdat het veelal om schade door nalaten zal gaan (de toezichthouder heeft een bepaalde bevoegdheid niet gebruikt, ofwel: een bepaald besluit niet genomen), zodat vastgesteld moet worden of er gehandeld had moeten worden, zal de beginsel*plicht* tot handhaving (vgl. Van Setten 2004, p. 14) op dit vlak erg belangrijk zijn.

35 Zie Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede). Ook Van Dam 2002, p. 41, meent dat het 'zeer de vraag is' of deze leer hier doorslaggevend moet zijn. Ik ga hier niet nader in op de overige aspecten van die uitspraak, maar wijs er wel op dat deze uitspraak uitstraalt dat de stellingen van de eisers niet al te welwillend gelezen zijn. Veel wordt afgedaan via de tournure dat er te weinig gesteld of onderbouwd zou zijn (vgl. r.o. 3.5.5, 3.5.7 en 3.5.9) hetgeen misschien wel zo is, maar toch de algehele indruk wekt van 'lange halen, snel thuis', hetgeen juist in deze zaak niet past, gezien de dramatiek die er achter schuil gaat en gezien het gegeven dat de gemeente ook strafrechtelijk de dans al wist te ontspringen zodat zij op geen enkele wijze verantwoordelijk lijkt te zijn.

36 Zie Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede), vooral r.o. 3.2.2.

37 Zie opnieuw Van der Does/Snijders 2001, nr. 6d, verwijzend naar HR 20-11-1987, AB 1988, 117 nt. FHvdB (Montenegro/Staat); Van Maanen/De Lange 2000, p. 122; Grosheide 2001, p. 94, alsmede de conclusie van A-G Mok voor HR 8-9-1995, AB 1996, 57 (Utrecht/Budinovsky). Zie ook nog de noot van Schlössels onder Afd. bestuursrechtspraak RvS 22-10-2003, JB 2003, 341 (Agrifirm).

was van het besluit, zoals de eisers in casu, maar hij wel derde-belanghebbende was,³⁸ en hij dus beroep kon instellen bij de bestuursrechter, dan geldt de formele rechtskracht van het besluit ook jegens hem indien hij nalaat van die mogelijkheid gebruik te maken. Is in een dergelijk geval het beroep ongegrond bevonden of het besluit niet aangevallen, dan is er derhalve een rechtmatig besluit genomen.³⁹

De ultieme technisch-juridische vraag was hier dus of de eisers in deze procedure belanghebbende, dan wel derde-belanghebbende waren, en dus of zij (op enig moment) hadden kunnen ageren tegen de vergunningverlening. Die vraag, en daarmee de vraag naar de eventuele aanwezigheid van een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht, stelt de rechtbank helemaal niet, laat staan dat die vraag vervolgens beantwoord wordt.⁴⁰ De rechtbank stelt dus bijvoorbeeld ook niet vast of de eisers al in de buurt van de vuurwerkfabriek woonden ten tijde van de vergunningverlening, en zo ja, hoe ver men van de fabriek vandaan woonde, terwijl beide aspecten voor een eventueel antwoord op de vraag of iemand ooit belanghebbende was, mijns inziens wel van belang zijn of zou kunnen zijn.⁴¹ Wat mij betreft ging de rechtbank hier dus te kort door de bocht. Los van deze technische aspecten, mag ook niet onvermeld blijven dat deze uitkomst een naar mijn mening bijzonder ongelukkig resultaat oplevert. Om het met Van Dam te zeggen: 'het beginsel van de formele rechtskracht dient te wijken voor het zwaarder wegende publieke veiligheidsbelang.'⁴²

3.4 Conclusie

Voorlopig heeft de overheid in de Enschede-zaak in elk geval de eerste slag gewonnen, mede op basis van een redenering (formele rechtskracht) die ik niet sterk vind maar die ook in andere gevallen van overheidsaansprakelijkheid voor toezicht gebruikt kan worden.⁴³ Die uitkomst leidt in ieder geval tot dit resultaat, maar dat staat verder los van het voorgaande, dat de overheid in deze zaak noch strafrechtelijk (indachtig

38 Ik herhaal: derde-belanghebbende is hij die rechtstreeks in zijn belang is getroffen door een tot een ander gericht besluit, zie Van Male 1992, p. 41.

39 HR 8-9-1995, AB 1996, 57 (Utrecht/Budinovsky); Van der Does/Snijders 2001, nr. 6d.

40 Waarbij ik opmerk dat in het bestuursrecht de vraag of iemand belanghebbende is, in het kader van de ontvankelijkheid ambtshalve getoetst wordt. In een voorkomend geval (was iemand belanghebbende, kon hij dus ageren langs bestuursrechtelijke weg, en is er in civilibus dus sprake van formele rechtskracht?) zal dat in de civiele procedure naar mijn mening ook ambtshalve dienen te gebeuren.

41 De rechtbank laat enkel noteren (r.o. 1.4.5) dat enkele personen, doch niet de eisers, na de ramp alsnog beroep hebben ingesteld tegen de besluiten, hetgeen leidde tot niet-ontvankelijkheid (termijnoverschrijding). Die uitkomst was zo evident dat het eisers mijns inziens niet te verwijten valt daaraan niet meegedaan te hebben, terwijl dat bovendien niets zegt over de situatie van eisers als eventueel belanghebbende voor de ramp.

42 Van Dam 2002, p. 41. Vgl. eveneens Van Maanen, NJB 2004, p. 791.

43 Albers, NTB 2004, p. 201-202, betoogt overigens dat de burger in beginsel naar de civiele rechter kan en zou moeten kunnen waar het gaat om falend toezicht door de overheid, bijvoorbeeld omdat een handhavingsbesluit uitlokken geen zin meer heeft of omdat het optreden/nalaten een feitelijk handelen betreft.

de hele *Pikmeer*-problematiek), noch bestuursrechtelijk (er liggen immers geen toetsbare besluiten voor die iets zeggen over het overheidshandelen in het verleden), noch civielrechtelijk ter verantwoording kan worden geroepen. Los van de vraag of de Gemeente verantwoordelijk is, verrast het met name dat die verantwoordelijkheidsvraag inhoudelijk niet aan bod kan komen. Dat dat vervolgens, mede in het licht van de toch vrij kritische onderzoeksrapportage,⁴⁴ verbazing zou kunnen wekken bij de justitiabele, zou mij dan weer niet verbazen. Ik vraag mij verder nog af of dat helemaal strookt met de eisen die het EVRM stelt.⁴⁵

Wellicht dat er in hoger beroep alsnog een overwinning te behalen valt, al zou het misschien nog fraaier zijn indien het zover niet zou hoeven te komen. Zou het de overheid niet sieren als zij zou besluiten om nu vast gebruik te maken van de toekomstige mogelijkheid om tot een door de rechter goedgekeurde collectieve afwikkeling van massaschade te komen?⁴⁶ Het is maar een gedachte.

Los daarvan, en in breder verband bezien, moet de conclusie zijn dat de leer van de formele rechtskracht in de weg kan staan aan de mogelijkheid om een toezichthouder aansprakelijk te kunnen houden.⁴⁷ Het is mijns inziens echter niet juist en zeker niet wenselijk dat die leer ‘op zichzelf’, zonder beoordeling van de door de toezichthouder aan de dag gelegde zorgvuldigheid,⁴⁸ zou kunnen bewerkstelligen dat de aansprakelijkheid van een toezichthouder nooit geldend gemaakt kan worden, omdat de derde in het verleden nooit bestuursrechtelijk heeft kunnen ageren en deze dan in de aansprakelijkheidsprocedure precies dat ‘nooit bestuursrechtelijk ageren’ tegengeworpen zou krijgen.⁴⁹

44 Zie Polak, NJB 2001, p. 1649 e.v., over het rapport-Oosting en de reacties daarop.

45 Volgens Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede), r.o. 3.1.3., wel, zie echter nog Barkhuysen/Van Emmerik, NJB 2003, p. 1444-1445, en idem, O&A 2004, p. 109 e.v. Zij bespreken de noodzaak voor een verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in het licht van de eisen die uit het EVRM voortvloeien, speciaal in relatie tot de zaak EHRM 18-6-2002, NJB 2002, 38 (Öneryildiz/Turkije). Hetzelfde zou mijns inziens voor het civiele recht betoogd kunnen worden, vgl. § IV.3.9, en Giesen 2004, p. 24. De Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 (Enschede), r.o. 3.1.3, besliste anders, de noot van Albers onder dat vonnis is daar dan weer kritisch over. Zie verder nog Albers, NTB 2004, p. 204.

46 In *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 2, waarover meer in § XII.4, wordt de *Enschede*-zaak in elk geval genoemd, zodat de hier geopperde gedachte wellicht niet helemaal onzinnig is.

47 Er zijn overigens andere instrumenten te benutten om hetzelfde te bereiken. Vgl. Albers die in haar noot onder Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 (Enschede) aangeeft dat de rechter er veel aan gelegen lag om niet tot aansprakelijkheid te komen, zodat de afwijzing (hier: geen onzorgvuldigheid) eigenlijk, in mijn woorden, de uitkomst van een doelredenering was.

48 Vgl. hetgeen hiervoor gesteld werd ten aanzien van het Engelse recht inzake het uitsluiten van een zorgvuldigheidstoets via het ontkennen van het bestaan van een ‘duty’ in gevallen van nalaten, zie § IV.3.7.

49 Vgl. Van Dam 2002, p. 41, en zie in dit kader bijvoorbeeld ook de recente rechtspraak, met name HR 31-10-2003, RvdW 2003, 169 (Saelman/AZVU) en HR 20-2-2004, RvdW 2004, 37 (Meisner von Hohenmeiss/Bloemsma), over de verjaring van schadevergoedingsvorderingen, waarbij art. 3:310 lid 1 BW zo is uitgelegd dat de korte verjaringstermijn pas gaat lopen nadat de benadeelde *daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen*. De leer van de formele rechtskracht

4 Invloed op de aansprakelijkheid van de toezichthouder: beleidsvrijheid

4.1 Inleiding

De positie van de overheid verdient hier bovendien aandacht, omdat de (organen van) diverse (lagere) overheden die toezicht houden of als toezichthouder door het leven gaan, in bepaalde rechtsstelsels minder snel aansprakelijk worden gehouden dan ‘gewone’ gedaagden. Dit is bijvoorbeeld in *Engeland* het geval,⁵⁰ maar het betreft hier zeker geen wereldwijd en algemeen gedeelde notie.⁵¹ Voorlopig ga ik er vanuit dat, in elk geval naar Nederlands recht, eventuele bijzonderheden voorzover het de positie van de overheid als toezichthouder betreft, op te lossen zijn en opgelost worden via het gegeven dat het bestuursrecht in deze een rol speelt en via de nadere invulling van de zorgvuldigheidsnorm (onder de noemer ‘beleidsvrijheid’). Wij zullen in het navolgende echter nog zien of dat een juiste inschatting is.

4.2 Beleidsvrijheid⁵²

De term ‘beleidsvrijheid’ wordt veel gebruikt maar minder vaak heel specifiek ingevuld. Omschrijvingen zijn er wel. Volgens Spier⁵³ betreft het hier de gedachte dat de overheid binnen een zekere bandbreedte haar gang kan gaan:

‘Het is aan haar om keuzes te maken en een oordeel over de vraag of deze juist zijn, past niet, zo lang zij maar binnen deze speelruimte blijft.’

Andere omschrijvingen gaan in dezelfde richting.⁵⁴ Gevolg van het bestaan van een dergelijke beleidsvrijheid is, zo leert men dan, dat een eventueel onrechtmatig handelen binnen de grenzen van die vrijheid gestoeld zal moeten worden op willekeur (‘niet in redelijkheid tot deze keuze kunnen komen’), strijd met de algemene beginselen

zou ertoe kunnen leiden dat een soortgelijk effect als dat welk hier bestreden wordt, alsnog intreedt.

50 Zie bijvoorbeeld Bright, OJLS 2001, p. 318, en Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 105-107, met verdere verwijzingen.

51 Naar Frans en Duits recht lijkt er in deze niet zoveel bijzonders aan de hand te zijn, of zou zelfs eerder van een eenvoudiger vast te stellen aansprakelijkheid gesproken kunnen worden. De ‘Amtshaftung’ naar Duits recht gaat immers erg ver. Zie over beide stelsels Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 107-119, met verdere verwijzingen.

52 Het navolgende leunt sterk op Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1677-1678. Over beleidsvrijheid naar Engels recht, zie Wright, OJLS 1998, p. 5 e.v.

53 Spier 1996, p. 268. Zie hierover ook HR 21-1-1983, NJ 1983, 252 (Polak/Prins); Van Maanen/De Lange 2000, p. 53 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 290b; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 689 e.v.

54 Zie over beleidsvrijheid ook de overwegingen in HR 29-11-2002, NJ 2003, 35 (Danikovic/Staat), r.o. 3.3, waarbij benadrukt wordt dat de rechter geen politieke afwegingen maakt en dat terughoudendheid op zijn plaats is waar het gaat om het verbieden van handelingen ter uitvoering van politieke besluiten.

van behoorlijk bestuur of op misbruik van bevoegdheid. Dit leidt ertoe dat het handelen in die gevallen onder de zogenaamde ‘marginale toetsing’ valt,⁵⁵ hetgeen dan betekent dat er minder snel tot onrechtmatigheid geconcludeerd zal worden.

De gedachte dat het minder eenvoudig is om bij het bestaan van beleidsvrijheid tot onrechtmatigheid en aansprakelijkheid te kunnen komen, dient daarbij wel in het juiste perspectief gezien te worden.⁵⁶ De marginale toets waarover het hier steeds gaat, betekent in wezen niet meer dan dat de rechter niet mag en ook niet gaat bezien of hij persoonlijk de beleidsvrijheid die de overheid of het bestuur toekomt, anders ingevuld zou hebben. Voor het overige betreft de toets door de rechter een rechtmatigheidstoets en die toets is een volledige. Alleen van de inhoudelijke kant van het *beleid* moet de rechter dus afblijven.⁵⁷ Gedragingen ter uitvoering van beleidsmatige keuzes, dienen echter volledig getoetst te worden.⁵⁸

55 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 20 juni 2000, NJ 2001, 299 (Streng/Breda), r.o. 4.4; van veel eerder al HR 21-1-1983, NJ 1983, 252 nt. JAB (Jan Luyckenstraat), en verder bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 290c en 290d; Spier (Spier) 2003, nr. 176; Van Maanen/De Lange 2000, p. 54; Van Dam 2002, p. 52-54 (die nog vrij veel ruimte voor toetsing ziet), en met name ook Haan-Kamminga 2003, p. 125-126. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een toezichthouder leidt beleidsvrijheid mijns inziens overigens niet tot slechts een marginale toets, zie § 4.3 hierna en Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Anandel (Vie d’Or), r.o. 7.5, doch anders de regering (terloops) ten aanzien van de financiële toezichthouders, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 19.

56 Ik vraag mij af of Haan-Kamminga 2003 op het punt zoals dat hier(na) aan de orde is, het geheel wel juist overziet. Zij vraagt, terecht, aandacht voor de beleidsvrijheid van de toezichthouder en verdedigt met klem dat de beoordeling van het gedrag van die toezichthouder een marginale toets betreft. Daarbij betreft zij, als ik het goed zie, die beleidsvrijheid echter enkel (zie p. 119 en 125) op de (inderdaad) beleidsmatige keuze om al dan niet *in te grijpen* als een situatie uit de hand dreigt te lopen, en niet op andere taken van toezichthouders. Dat ze de keuze voor een bepaald beleid moeilijk aantastbaar noemt, is terecht, maar dat ontken ik ook niet. Alleen, gegeven die keuze is er ook nog wel wat te toetsen, zie in de hoofdtekst hierna. Dat laatste stelt Haan-Kamminga in de kern echter uiteindelijk zelf ook (p. 128), zodat ons verschil van inzicht beperkt lijkt te zijn. Verder is wel nog opvallend dat zij eigenlijk alleen ingaat op de financiële toezichthouders, hetgeen het beeld wellicht ook kleurt.

57 Zie Tak, NTBR 2004, p. 148; Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 290c en 290d; Scheltema/Scheltema 2003, p. 289-290: de burgerlijke rechter toetst handelingen zoals de bestuursrechter besluiten toetst. Hier kan nog aansluiting gezocht worden bij de beoordeling van het handelen van een waterschap, zie daarover bijvoorbeeld HR 8-1-1999, NJ 1999, 319 nt. ARB (Waterschap West-Friesland/Kaagman); HR 9-11-2001, NJ 2002, 446 nt. CJHB (Van den Berg/De Oude Rijnstromen); Van Hall, NTBR 2002, p. 414 en 415; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002, p. 691: onderzoek is na een klacht in elk geval nodig, ten aanzien van de eventueel te nemen maatregelen bestaat er vrijheid. Kritisch te dien aanzien is overigens Van Ravels in zijn noot, sub nr. 5, onder Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 (Vie d’Or).

58 Zie Van Dam 2002, p. 52; HR 20-3-1992, NJ 1993, 547 (Bussluis), en recent nog Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels (zeer kritisch op dit punt) en Van Anandel (Vie d’Or), r.o. 7.5, en Wynant, RW 2003-2004, p. 1574. Anders: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 19, inzake de Wft. Het voorgaande geldt eens te meer als die keuzes vastgelegd zijn (staand beleid moet gehonoreerd worden), zoals bijvoorbeeld in het wetsvoorstel voor de Wet financiële dienstverlening, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 13, is gebeurd. Toezicht op financiële dienstverlening is risico-georiënteerd, ofwel: er wordt minder aandacht besteedt aan dienstverleners

De vraag is dus of gegeven de keuze voor een bepaald beleid, een vraag waar de rechter niet aan zal raken, het handelen of nalaten van de toezichthouder, binnen de kaders van dat beleid, zorgvuldig was.⁵⁹ Een voorbeeld: indien het beleid zou zijn om ten aanzien van alle bestuurders van effecteninstellingen na te gaan of zij geen frauduleus verleden hebben, kan binnen dat beleid getoetst worden of de toezichthouder in kwestie bij instelling X inderdaad van alle bestuurders de doopceel volledig en zorgvuldig gelicht heeft. Die vraag kan volledig getoetst worden zonder het beleid als zodanig ter discussie te stellen. Voor de goede orde wijs ik er bovendien nogmaals op dat ook het beleid als zodanig niet volledig immuun is voor aansprakelijkheid. De toets aan bijvoorbeeld willekeur dient wel, hoe marginaal die verder ook is, doorstaan te worden.

Met dit alles zijn wij er echter nog niet, want als iemand meent dat een overheidslichaam inderdaad beleidsvrijheid (in de ruime zin met alle gevolgen van dien) heeft, dan zegt dat op zichzelf namelijk nog weinig. Belangrijker is dan nog steeds de vraag welke rechtspolitieke argumenten dan schuilgaan achter die specifieke invulling van de notie van beleidsvrijheid, en of die steekhoudend zijn voor de afwijzing van aansprakelijkheid.⁶⁰ Naar mijn mening zijn die argumenten overigens dezelfde als de argumenten die de invulling van de zorgvuldigheidsnorm bepalen en die in zijn algemeenheid beslissen over de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag. Ik kom daar op terug.⁶¹

Beleidsvrijheid, om dat begrip toch nog maar even vast te houden, lijkt overigens vooral daar te bestaan, al lijkt ook dat minder te worden,⁶² waar er sprake is van handelingen die vallen onder wat dan heet de ‘klassieke overheidstaken’.⁶³ Wat op dit moment een klassieke overheidstaak is, is echter niet eenvoudig te bepalen. Opsporing van misdrijven, buitenlandse betrekkingen en defensietaken lijken daar bijvoor-

met een beperkt risicoprofiel. Hetzelfde geldt voor het aankomende toezicht op accountants, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 12.

59 Voor de volledigheid: voorzover het toezichthouderdilemma (§ VII.3) niet op het niveau van het beleid meegewogen wordt, kan dat nog op het vlak van de concrete toets aan de zorgvuldigheidsnorm van invloed zijn.

60 Beleidsvrijheid is dan het resultaat, het eindpunt, van de afweging op basis van de (andere) rechtspolitieke redenen voor of tegen aansprakelijkheid. Het is een manier om dat oordeel uit te drukken. Vgl. ook Van Maanen/De Lange 2000, p. 55, en Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 290d, die aangeeft dat de rechter zelf bepaalt of een handeling binnen of buiten de cirkel van beleidsvrijheid valt. Naast ‘beleidsvrijheid’ zijn natuurlijk andere instrumenten denkbaar om de aansprakelijkheid van de overheid af te kunnen wijzen, bijvoorbeeld de relativiteitseis (art. 6:163 BW), zie daarover Van Maanen/De Lange 2000, p. 80 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 290b. Zie voor een weging van deze argumenten en instrumenten bijvoorbeeld ook de Engelse zaken *Anns v. Merton LBC* [1978] AC 728, en *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398.

61 Met andere woorden: indien de argumenten voor de beslissende instantie tegen aansprakelijkheid pleiten, kan die aansprakelijk worden afgewezen via de beleidsvrijheid maar evenzeer via de zorgvuldigheidsnorm. Dat maakt verder niets uit. Het verandert niets aan de argumentatie die achter dat oordeel schuilt. Ik bespreek dit nader in § IX.3.2.

62 Spier 1996, p. 300.

63 Spier 1996, p. 279.

beeld onder te vallen.⁶⁴ Dat zou dan betekenen dat er in het kader van die vormen van taakuitoefening in elk geval niet snel sprake zal kunnen zijn van overheidsaansprakelijkheid. Maar in werkelijkheid is de hier bedoelde terughoudendheid soms ver te zoeken;⁶⁵ het lijkt bijvoorbeeld weinig terughoudend om aansprakelijkheid aan te nemen voor justitieel optreden dat door een redelijke verdenking werd gerechtvaardigd, maar waarvan achteraf komt vast te staan dat het een onterechte verdenking was.⁶⁶

Ook overigens is de categorisering in 'klassieke' en 'niet-klassieke' taken een moeizame bezigheid. In hoeverre bijvoorbeeld het toezicht op de naleving van regelgeving, het verstrekken van informatie over gevaren of de daadwerkelijke handhaving van regelgeving een klassieke overheidstaak is, is lastig te zeggen. Onderzoek doen naar risico's lijkt in elk geval geen specifieke overheidstaak te zijn. Het treffen van wettelijke maatregelen is dat uiteraard wel. Gegeven deze moeilijkheden, lijkt het nuttig en nodig om niet langer te kijken naar het al dan niet 'klassieke' karakter van de betreffende taak, maar om het *type* nalaten of falen bij de uitoefening van die taak, centraal te stellen.⁶⁷ Dat zal in deze studie verder ook gebeuren.

4.3 Beleidsvrijheid bij toezicht

Als wij dan over toezicht spreken, dan springen twee typen van toezichtsfalen in het oog: *concreet* toezichtsfalen en *algemeen* toezichtsfalen.⁶⁸ Ofwel: bestonden er al dan niet concrete aanwijzingen, waarschuwingen dat er ergens iets mis ging? Ik zal hierna nog nader betogen dat dat onderscheid van belang voor de aansprakelijkheid van de toezichthouder (zie § VIII.2.4).

Voor nu volstaat dat in een geval van concreet toezichtsfalen aan de notie van beleidsvrijheid geen (voldoende) gewicht kan toekomen om (op die basis) aansprakelijkheid af te wijzen, omdat met die concrete aanwijzingen de vrijheid van handelen

64 Zie voor voorbeelden Van Maanen/De Lange 2000, p. 65-68, en verder HR 29-11-2002, NJ 2003, 35 (Danikovic/Staat) waarin buitenlandse politiek en defensie genoemd worden.

65 In die richting ook Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 290d.

66 Zie over die gevallen onder andere Van Maanen/De Lange 2000, p. 150 e.v., en Hennekens 2001, p. 48 e.v. Een sterke mate van terughoudendheid wordt echter wel bereikt door de processuele eis dat de onschuld van de verdachte achteraf moet blijken. Tak, NTBR 2004, p. 151, meent overigens dat de aansprakelijkheid van de overheid helemaal niet zwaar is. Scheltema/Scheltema 2003, p. 8, menen van wel. Empirische gegevens ontbreken bij beide.

67 Stolker, Levine & De Bel 2001, p. 116 e.v., hanteren een indeling gebaseerd op de situatie voor en na de ramp en passen in beide fases de zorgvuldigheidsnorm, toegespitst op die fase, toe.

68 Zie hiervoor § II.2.2, en hierna nog § VIII.2.2.3 en VIII.2.4.2. Meer daarover bij Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1675 e.v., alwaar ook het hier niet verder besproken type nalaten dat wij toen 'regelgevingsfalen' (er zou ten onrechte geen regelgeving gemaakt zijn door de overheid) genoemd hebben, besproken wordt, waarover ook Van Dam 2002, p. 39-40. Ook Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede) analyseert de zaak in deze termen, zie bijv. r.o. 3.2.1 en 3.5.2. Zie verder nog Wynant, RW 2003-2004, p. 1574.

van het overheidsorgaan is ingeperkt, en wellicht zelfs heeft opgehouden te bestaan.⁶⁹ Als een (dreigende) misstand bekend is, dient het hele toezichts- en handavingsregister opengetrokken te worden om schade voor een derde te voorkomen.⁷⁰ Gebeurt dat niet, dan is er sprake van onrechtmatig nalaten. Als er een melding is dat er brand is, moet de brandweer uitrukken en binnen de daarvoor geldende termijn ter plekken zijn. Een beroep op beleidsvrijheid in die zin dat het de brandweer vrij zou staan om eerst elders de bijna spreekwoordelijke kat uit de boom te plukken,⁷¹ bestaat dan niet.⁷²

Ook los van het hier besproken onderscheid, komt aan de notie van beleidsvrijheid als zodanig bij de aansprakelijkheid van toezichthouders geen doorslaggevende betekenis toe. Zoals het Hof Den Haag terecht overwoog in de Vie d'Or-zaak, dient de rechter met die beleidsvrijheid rekening te houden bij de beoordeling van de aan de dag gelegde zorgvuldigheid – het is een belangrijke factor in de noodzakelijke afweging – maar dat betekent niet dat er slechts marginaal getoetst kan worden of de toezichthouder gefaald heeft. Die toetsing is een volledige.⁷³

5 Een apart leerstuk over aansprakelijkheid wegens overheidstoezicht?

5.1 Algemene conclusies

De Awb-bevoegdheden van de Awb-toezichthouders leveren hen niet alleen bruikbare instrumenten op, maar ook risico's voor aansprakelijkheid indien zij die bevoegdheid overschrijden. Het is goed daar op te letten.

69 Zie over toezicht, marginale toetsing en beleidsvrijheid ook Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or), r.o. 7.5, waarin beslist wordt dat beleidsvrijheid van een toezichthouder, als die (nog) wel zou bestaan, niet ertoe leidt dat slechts marginaal getoetst mag worden.

70 De overheid moet adequaat toezicht uitoefenen, ook op basis van de eisen uit het EVRM, om tijdig te onderkennen of zich een levensbedreigende situatie zou kunnen voordoen, en eventueel handhavend optreden, zie Barkhuysen/Van Emmerik, O&A 2003, p. 109 e.v. en p. 117, alsmede § IV.3.9.

71 Daarentegen zal het beleid om bijvoorbeeld eerst branden te blussen in woongebieden en niet eerst elders, betrekkelijk onaantastbaar zijn.

72 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 26-5-2004, HA ZA 01-197, n.g. (Caldic Chemie e.a./Gemeente Rotterdam); Van Rossum 2001, p. 18, en zie verder Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1679. In beide gevallen wordt ook ingegaan op de (ontwikkeling van de) 'beginselplicht tot handhaving' (tegen illegale situaties moet opgetreden worden door het bestuur). Zie daarover nader onder andere Van Setten 2004, p. 14 e.v.

73 Zie Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or), r.o. 7.4 en 7.5. Vergelijk tevens HR 9-11-2001, NJ 2002, 446 nt. CJHB (Van den Berg/De Oude Rijnstromen) inzake de volledige toetsing bij de aansprakelijkheid van een waterschap. Anders echter de regering ten aanzien van de invoering van de nieuwe Wft, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 19, waarbij er wordt uitgegaan van een marginale toets; dat is echter nogal een preek voor eigen parochie (en portemonnee) en gaat bijvoorbeeld geheel voorbij aan de recente uitspraak van Hof Den Haag, voornoemd.

De leer van de formele rechtskracht kan op zich in de weg staan aan de mogelijkheid om een toezichthouder aansprakelijk te kunnen houden. Het is mijns inziens echter niet juist dat die leer op zichzelf zou kunnen bewerkstelligen dat de aansprakelijkheid van een toezichthouder nooit geldend gemaakt kan worden, omdat de derde in het verleden nooit bestuursrechtelijk heeft kunnen ageren en die derde vervolgens precies dat ‘niet geageerd hebben’ in de aansprakelijkheidsprocedure tegengeworpen krijgt. Voorzover dat een standaardverweer zou worden, en dat vervolgens gehonoreerd zou worden, dient er mijn inziens ingegrepen te worden.

De notie van beleidsvrijheid is belangrijk. Deze is van invloed op en bepaalt tot op zekere hoogte de verdere invulling van de zorgvuldigheidseisen. Het beleid als zodanig wordt daarbij niet in die beoordeling betrokken, maar het handelen van de toezichthouder binnen dat beleid kan wel volledig (en dus niet marginaal) getoetst worden.

5.2 Geen apart leerstuk ‘toezicht, aansprakelijkheid en overheid’

Zoals al aangekondigd in § 1, doet zich hier tot slot de vraag voor of het niet nodig of wenselijk zou zijn om de aansprakelijkheid van de overheid wegens falend toezicht als een apart thema te gaan benoemen en deze aansprakelijkheid vervolgens als apart thema te gaan onderzoeken. Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat overheidsinstanties soms, bijvoorbeeld in *Engeland*, minder snel aansprakelijk gehouden worden.⁷⁴ Hetzelfde zou op zich ook in Nederland kunnen (gaan) gelden. Ik meen echter dat deze stap niet nodig is, en wel om twee redenen.⁷⁵

Ten eerste. Erg veel toezicht is meteen ook (een vorm van) overheidstoezicht zodat een scheiding tussen gewoon toezicht en overheidstoezicht er alleen maar toe zou leiden dat er voor het onderzoek naar ‘gewoon’ toezicht weinig onderzoeksmateriaal zou resteren. Het gevolg daarvan zou dan weer zijn dat alsnog het materiaal over toezicht bij overheidsorganen gebruikt zou moeten gaan worden. Ten tweede is het eigen karakter van het toezicht door de overheid of door overheidsorganen binnen het bestaande, eenvormige kader mee te wegen via en in de (civielrechtelijke) beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag, namelijk door zowel de leer van de formele

74 Zie Bright, OJLS 2001, p. 318. Aansprakelijkheid van de politie op basis van ‘negligence’ wordt in principe van de hand gewezen, op gronden van ‘public policy’, zie met name *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53. Ik wijs verder nog op § XI.3.1 waar deze stelling voor de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders nader onderbouwd wordt.

75 Waarbij ik er nu dan even vanuit ga, ten behoeve van de argumentatie, dat het voorstel uit § III.3.2.2 (subsidiare aansprakelijkheid voor de overheid) geen navolging zal vinden. Gebeurt dat wel, dan is de aparte positie voor de overheid een gegeven.

rechtskracht als het belangrijke thema van de beleidsvrijheid bij die beoordeling in acht te nemen.⁷⁶

⁷⁶ Zo ook ten aanzien van beleidsvrijheid Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or), r.o. 7.5. Een derde reden ontleen ik aan Scheltema/Scheltema 2003, p. 5, en, meer uitgewerkt, Scheltema/Scheltema, NJB 2004, p. 769: Wanneer er geen goed argument bestaat om op het terrein van het bestuursrecht een andere regel toe te passen dan op het terrein van het privaatrecht, dan behoren de regels hetzelfde te zijn. Een goede reden om voor publiekrechtelijke toezichthouders andere regels aangaande hun civielrechtelijke aansprakelijkheid te ontwerpen dan voor privaatrechtelijke toezichthouder, zie ik niet. Dat laat onverlet, zie hiervoor, dat de invulling van de zorgvuldigheidsnorm wel kan verschillen.

VI | Samenhang tussen rechtsverhoudingen

1 Inleiding

De aansprakelijkheid van de toezichthouder lijkt sterk onder de invloed te staan van de vraag wie de vordering instelt. Is dat degene die zelf onder toezicht stond (de cliënt van de bank die de effectentransacties regelt of de cliënt van de notaris) of is dat een derde die schade ondervindt? In dat laatste geval, en dat zijn de gevallen die in deze studie centraal staan, kan zich dit probleem voordoen dat de relatie tussen de toezichthouder en de derde niet los gezien kan worden van de daarnaast staande relatie tussen de toezichthouder en degene die onder toezicht stond. Die rechtsverhouding lijkt dan door te (kunnen) werken op de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag. Ik noem dat hier, bij gebrek aan een betere term, de doorwerking van de samenhang tussen rechtsverhoudingen.¹

Of die invloed inderdaad bestaat, en welke consequenties dat dan mogelijk met zich brengt, dient beoordeeld te worden. In § 2 wordt daartoe in kort bestek een poging ondernomen aan de hand van een voorbeeld uit het *Engelse* recht.² Zoals steeds, besluit ik ook dit hoofdstuk met een korte conclusie (§ 3).

1 Zie over de doorwerking van diverse rechtsverhoudingen op elkaar in meer algemene zin (derdenwerking) bijvoorbeeld Du Perron 1999. Hij behandelt voornamelijk de gevallen waarin een contractspartij aansprakelijk is ten opzichte van een niet-wederpartij, een derde. De aansprakelijkheid van toezichthouders zoals hier aan de orde, past niet helemaal in dat schema. Het vertrekpunt ligt anders omdat bij toezicht de relatie ten opzichte van de derde centraal staat en niet de overeenkomst zelf.

2 Ander voorbeelden waren uiteraard mogelijk geweest, zoals de gevallen van aansprakelijkheid van taxateurs, waarover bijvoorbeeld *Murphy v. Brentwood District Council* [1990] 2 All ER 908. Ik verwijs daarvoor naar de algemene literatuur inzake het Engelse aansprakelijkheidsrecht. Wellicht is het gekozen voorbeeld a-typisch, maar het betreft in elk geval een voorbeeld waarin de diverse relaties nauw verweven zijn en door elkaar lopen, terwijl een aantal van die relaties via een overeenkomst geregeld zijn en die overeenkomsten de aansprakelijkheid uitputtend trachten te regelen. Daarmee staat de kwestie zoals ik die hierna wil bespreken, meteen op scherp.

2 Doorwerking van samenhang tussen rechtsverhoudingen

2.1 *The Nicholas H*

In maart 1986 zonk het schip ‘the Nicholas H’. Enige tijd daarvoor waren er scheuren in de romp van het schip geconstateerd, waarna het voor anker ging. De heer Ducat, een ‘surveyor’ (inspecteur) werkend voor NKK, een ‘classification society’ (inspectie-dienst) die de zeewaardigheid van schepen beoordeelt en classificeert, raadde aan om een permanente reparatie uit te voeren. Daarvoor moest het schip het dok in en zou de lading van boord moeten. Blijkbaar heeft deze Ducat zich nadien ervan laten overtuigen dat een tijdelijke reparatie (toch) zou volstaan, want hij verklaarde later alsnog dat een tijdelijke reparatie voldoende zou zijn. Die reparatie werd uitgevoerd en het schip vertrok weer. Het schip zonk een week na vertrek en ging met vracht en al verloren. De *scheepseigenaren* (onder andere Bishop Rock Marine Co Ltd.), verantwoordelijk voor de zeewaardigheid, betaalden de eigenaren van de vracht het gelimiteerde bedrag aan schadevergoeding, in casu 500.000 US Dollar, na daartoe aangesproken te zijn. De *vrachteigenaren*, waaronder Marc Rich & Co, spraken echter ook de ‘classification society’ aan voor de overige 5.7 miljoen US Dollar aan schade.

In de procedure die uiteindelijk het House of Lords haalde, was de vraag of een ‘surveyor’ en ‘classification society’ al dan niet een buitencontractuele ‘duty of care’ hebben ten opzichte van de eigenaren van vracht aan boord van een schip.³ Bij de beoordeling van die vraag was met name van belang of het aanvaarden van zo’n plicht ‘fair, just and reasonable’ zou zijn,⁴ en in dat kader speelde de verdere juridische setting rondom het vervoer over zee en de contractuele relatie tussen de scheepseigenaar en de vrachteigenaar, een grote rol.

In het vonnis van het *Court of Appeal* werd aangegeven dat de balans tussen rechten en plichten van de primaire partijen (scheepseigenaar en vrachteigenaar) op internationaal geaccepteerde basis geregeld is (via de ‘the Hague Rules’). Er bestond geen reden om daar iets aan te veranderen of toe te voegen door een ‘duty’, lijkend op die van de eigenaar van het schip, te aanvaarden voor de inspectiedienst, zeker niet als dat zou gebeuren zonder de ‘checks and balances’ die wel in dat contractuele systeem zitten.

Het *House of Lords* is het met de lagere rechter eens. In de meerderheidsopinie van Lord Steyn wordt er, voorzover het gaat om de samenhang van rechtsverhoudingen,⁵ op gewezen dat de zaken tussen scheepseigenaren en vrachteigenaren gebaseerd zijn op een contractuele structuur waarop vervolgens de verzekeringen rusten. Vrachteigenaren nemen een directe verzekering op de vracht, scheepseigenaren nemen een

3 Zie *Marc Rich & Co AG v. Bishop Rock Marine Co Ltd. (The Nicholas H)* [1995] 3 All ER 307.

4 Het betreft dan de derde, meest rechtspolitieke fase van de vraag of er een ‘duty to take care’ bestaat, zie verder *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605.

5 De overige argumenten van het House of Lords tegen aansprakelijkheid komen elders nog in algemene zin aan bod, zie hoofdstuk IX.

aansprakelijkheidsverzekering in verband met eventueel onzorgvuldig handelen ten opzichte van die vracht. Dit systeem is erop gebaseerd dat de aansprakelijkheid van scheepseigenaren in verband met de vracht, gelimiteerd is, hetgeen weerspiegeld wordt in de premies die de scheepseigenaren betalen.

Erkenning van een zorgplicht, een 'duty' van de inspectiediensten jegens de vrachteigenaren, zal een substantiële impact hebben op dit systeem, want het betekent dat de inspectiediensten een verzekering moeten sluiten, tenzij ze een immuniteit bedingen bij de scheepseigenaar die daarvan dan echter de lasten (hogere premies) moet betalen. Alleen als deze diensten vrij zijn van buitencontractuele aansprakelijkheid, kunnen zij zonder extra aansprakelijkheidsverzekering blijven opereren. En dat is gewenst omdat anders de scheepseigenaren betalen, waardoor de in het internationale handelsverkeer gevonden balans verstoord zou worden. Dat pleit dus tegen erkenning van een 'duty'.

Volgens Lord Lloyd is deze redenering echter niet juist. De bedoelde contractuele regels hebben niets met deze zaak van doen, zo stelt hij in zijn 'dissenting opinion', omdat er net zo goed een andere set van regels met een andere balans van toepassing had kunnen zijn. En het zou onzinnig zijn als een inspecteur van schepen in het ene geval wel een 'duty' zou hebben ten opzichte van de vrachteigenaar en in het andere geval niet. Dat de inspectiediensten de kosten van verzekering zouden doorberekenen aan de scheepseigenaren, acht hij niet bewezen. Het onderliggende juridische regime heeft wat hem betreft dus niets te maken met de vraag of het 'fair, just and reasonable' zou zijn een 'duty' te accepteren. Dat zou alleen anders kunnen zijn indien het bestaan van een contract dat de aansprakelijkheid limiteert, inconsistent zou zijn met een niet gelimiteerde aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van een derde, hetgeen niet het geval is.⁶

2.2 *De doorwerking van de samenhang tussen onderliggende contractuele verhoudingen*

Het belang van de zojuist besproken zaak is in de eerste plaats dat dit een fraai voorbeeld vormt van hoe de contractuele 'setting' waarbinnen een gebeurtenis plaats vindt, van invloed kan zijn op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Een van de belangrijkste argumenten om een 'duty', en daarmee aansprakelijkheid, te ontkennen was immers de 'setting' waarin die aansprakelijkheid een plaats zou moeten vinden en zou moeten functioneren. Het systeem van contracten en de (financiële) balans die daarin schuilt met betrekking tot aansprakelijkheden en limieten aan die aansprakelijkheid, zou niet verstoord mogen worden.

Dat het contractuele en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht elkaar wederzijds beïnvloeden, is natuurlijk al langer bekend. Maar over het algemeen sluit een contractuele claim een onrechtmatige daadsvordering niet bij voorbaat en per

6 *Marc Rich & Co AG v. Bishop Rock Marine Co Ltd. (The Nicholas H)* [1995] 3 All ER 307, op p. 314-317.

definitie uit,⁷ zoals in de *Marc Rich*-zaak uiteindelijk, door het ontkennen van de ‘duty’, wel gebeurde. En de mogelijkheid van een dergelijke uitsluiting is nog minder van belang indien de partij die door middel van de onrechtmatige daadactie aangesproken wordt, een andere partij is dan de partij waartegen de contractuele vordering ingezet wordt.⁸

De verklaring voor deze (schijnbare) discrepantie is mijns inziens dat het uiteindelijk *niet* die contractuele setting is die beslissend is. Het zijn veeleer de inhoudelijke, materiële uitkomst van het (via die contracten gehanteerde) systeem en de gewenste contractuele balans, die bepalend zijn. In casu betekende dit dat niet de toepasselijkheid van bepaalde contractuele regelingen beslissend was, maar eerder de uiteindelijke feitelijke uitkomst daarvan, namelijk dat het niet de bedoeling is dat scheepseigenaren meer moeten gaan betalen (aan verzekeringspremies of anderszins).⁹ Het zijn bijgevolg dan ook de argumenten en redenen die voor deze feitelijke uitkomst (een zo beperkt mogelijke last voor scheepseigenaren) gegeven kunnen worden, en niet de structuur van de contracten op zich, die beslissend zijn. Wat die redenen hier dan waren, is niet meteen inzichtelijk, maar gedacht zou kunnen worden aan de noodzaak van bescherming van scheepseigenaren, bijvoorbeeld omdat die sector economisch van belang is voor een bepaald land.¹⁰

2.3 *Beoordeling ten aanzien van die doorwerking*

Belangrijker dan de specifieke achterliggende redenen in het hier besproken geval, is de vraag of deze doorwerking in zijn algemeenheid wel juist is. Is het wenselijk dat de contractuele relatie A-B met zich brengt dat de aansprakelijkheid in de relatie B-C beïnvloed (ruimer of beperkter) wordt? Los van hoe het antwoord op die vraag in zijn algemeenheid zou luiden, kan ten aanzien van de aansprakelijkheid van toezichthouders in beginsel met een dergelijke doorwerking ingestemd worden. Immers, in de driehoeksrelatie tussen de toezichthouder en de andere partijen wordt de inhoud van die relatie sowieso voor een (groot) deel mede bepaald en vorm gegeven door de relatie tussen de twee partijen die geen toezichthouder zijn. Het toezicht op banken door DNB kan niet (helemaal) los gezien worden van de relatie tussen de banken

7 Zie daarover naar Engels recht bijvoorbeeld *Henderson v Merret Syndicates Ltd* [1995] 2 AC 145, en voor Nederland onder andere Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 9, en Du Perron 1999, nr. 285-286.

8 Zelfs de Franse ‘non-cumul’ regel is dan geen belemmering voor een onrechtmatige daadsvordering. Een uitsluiting van aansprakelijkheid van een vergelijkbaar kaliber bestaat wel in Nederland in het kader van de artt. 6:107 en 108 BW, waarbij, naar men zegt, de uitsluiting van aansprakelijkheid jegens een derde bij verwonding of overlijden van het primaire slachtoffer, niet omzeild kan worden door een aparte onrechtmatige daad op te tuigen. Zie kritisch daarover, met verdere verwijzingen, Giesen 2003a, p. 25-26.

9 Zie ook *Marc Rich & Co AG v. Bishop Rock Marine Co Ltd. (The Nicholas H)* [1995] 3 All ER 307, op p. 330 (‘Ultimately, shipowners will pay.’) en p. 331 (‘to the prejudice of the protection of shipowners under the existing system’).

10 Een en ander is slechts speculatie mijnerzijds. Voor het vervolg van dit onderzoek is het niet van belang wat de bedoelde redenen zijn voorzover het over (Engelse) scheepseigenaren gaat.

en de consumenten, het toezicht op verzekeraars hangt samen met de relatie tussen verzekeraars en verzekeringsnemers. Bovendien, en dat geldt in zijn algemeenheid, bestaan al deze (juridische) relaties niet in een vacuüm maar in een (economische) realiteit. Die context dicteert mede de juiste balans en dient meegewogen te worden. Het gaat er dus om het toezicht, en ook de aansprakelijkheid van toezichthouders, niet geïsoleerd te beschouwen.

De les van dit hoofdstuk is daarmee relatief eenvoudig: om te kunnen bepalen of de buitencontractuele aansprakelijkheid van een ‘surveyor’, en in meer algemene zin een toezichthouder, nodig en/of wenselijk is, dient acht geslagen te worden op de achterliggende, inhoudelijke redenen voor de gekozen feitelijke contractuele context, indien aanwezig, en de (daarmee bereikte) balans qua aansprakelijkheden. Dat wil overigens helemaal niet zeggen, ik wil dat sterk benadrukken, dat aansprakelijkheid zodoende steeds uitgesloten of beperkt wordt. De bedoelde invloed kan naar alle kanten toe doorwerken en dus ook tot een verruiming van aansprakelijkheid leiden.

Of de eerder bedoelde inhoudelijke redenen voor een bepaalde oplossing steeds eenvoudig te achterhalen zijn, is een andere kwestie. Ik ben overigens wel van mening dat een rechter deze werkelijke redenen moet proberen te achterhalen¹¹ en vervolgens bloot moet leggen. Dat geldt evenzeer als het inmiddels over de aansprakelijkheid van de toezichthouder gaat, en niet meer over de aansprakelijkheid van de primaire dader waarvoor die contractuele context in beginsel en in elk geval in eerste instantie bedoeld is.

3 Conclusie

Zoals te verwachten viel, speelt de eventueel aanwezige contractuele context bij de vraag naar de aansprakelijkheid van toezichthouders een belangrijke rol. Bij beoordeling van die aansprakelijkheid dient acht geslagen te worden op de achterliggende, inhoudelijke redenen voor de gekozen feitelijke contractuele context en de (daarmee bereikte) balans qua aansprakelijkheden omdat die redenen doorwerken bij de bepaling van de (reikwijdte van) de aansprakelijkheid van toezichthouders. Een contractueel gekozen balans, bijvoorbeeld voor wat betreft kosten en verzekeringen, laat zich dus niet zonder meer opzij zetten.

11 Via een comparitie van partijen (art. 88 Rv), een deskundigenbericht (art. 194 e.v. Rv) of anderszins, zie ook § XII.2. Er is onvoldoende tijd en plaats om dit voor alle in deze studie besproken toezichtsrelaties in algemene zin te doen.

VII | De grondslag en de zorgvuldigheidsnorm

1 Inleiding

Nadat in het voorgaande de uitgangspunten voor een eventuele aansprakelijkheid van toezichthouders in kaart zijn gebracht, luidt vervolgens de vraag: welke zorgvuldigheidsnorm geldt er op dit terrein? Meer specifiek dient onderzocht te worden hoe die norm luidt of zou kunnen luiden (§ 3), en daaraan voorafgaand nog, wat de grondslag ervoor zou kunnen zijn (§ 2). Ook wordt besproken of het qua grondslag nog verschil maakt of de beoordeling van het gedrag geschiedt op basis van de onrechtmatige daad of de toerekenbare tekortkoming in de nakoming en of het concept van de ‘redelijk handelende persoon’ hier van dienst kan zijn.¹

2 De grondslag

2.1 *In Nederland*

Dat toezichthouders naar Nederlands recht civielrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn, ook en met name jegens derden, indien zij hun toezicht onvoldoende uitoefenen, wordt op zichzelf niet betwist.² De vraag die vervolgens rijst, is echter wat daarvoor de *grondslag* kan of zou moeten zijn. In beginsel kan een vordering in verband met het nalaten om toezicht uit te oefenen, het onvoldoende toezicht uitoefenen of het gebrekkig toezicht uitoefenen (verder ook: toezichtverzuim, gebrekkig toezicht, toezichtsfalen of falend toezicht) gebaseerd worden op ofwel een toerekenbare tekortkoming (art.

1 De §§ 2 en 3 zoals hierna opgenomen zijn eerder al in iets andere vorm gepubliceerd in Giesen, AV&S 2002, p. 100-102, en in verkorte vorm in Giesen 2003, p. 316-318.

2 Vgl. bijvoorbeeld Wessels, IIR 1996, p. 126; Van Dijk, NTBR 2003, p. 188. Dit wordt bijvoorbeeld ook door de minister van Financiën erkend, vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 843, nr. 1, p. 12. Met name het aspect dat het om een aansprakelijkheid ten opzichte van een *derde* gaat, zou in andere gevallen nog tot nadere overdenking nopen (zoals dat ten aanzien van de notaris bijvoorbeeld gebeurde in HR 23-12-1994, NJ 1996, 628 (THB), waarover Van den Akker 2001) maar dat speelt hier eigenlijk geen rol, omdat toezicht juist ook mede ten behoeve van de derde (het publiek) wordt uitgeoefend zodat de toezichthouder zich altijd (mede) moet richten op de belangen van die derde.

6:74 BW) ofwel op een onrechtmatige daad (art. 6:162 e.v. BW).³ Welke van deze twee grondslagen vervolgens gekozen wordt, zal naar mijn mening weinig verschil met zich te brengen. Ik kan daar dan ook kort over zijn.

In beide gevallen, zowel bij een vordering gebaseerd op wanprestatie als bij een vordering gebaseerd op een onrechtmatige daad, is het dezelfde norm waaraan getoetst moet worden, namelijk of er *onzorgvuldig* gehandeld werd.⁴ Dat geldt eigenlijk heden ten dage in het algemeen zo en dat geldt naar mijn mening in elk geval op dit terrein.⁵ Ook voorzover het over de verdere rechtsgevolgen gaat, zal er weinig verschil bestaan tussen beide mogelijke grondslagen.⁶ In beide gevallen is afdeling 6.1.10 BW van toepassing op de eventuele verplichting tot schadevergoeding.⁷

Overigens zal het over het algemeen zo zijn dat er géén contractuele relatie bestaat tussen de toezichthouder (T) en degene die onder toezicht gesteld is (D), en dat er in nog minder gevallen een contractuele band tussen de toezichthouder en de gedupeerde derde (S) zal bestaan. In beginsel zal dus steeds de onrechtmatige daad ingeroepen worden door de gedupeerde derde.⁸ Dit kan echter tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde in bepaalde gevallen enigszins anders zijn, bijvoorbeeld omdat

3 Aan de mogelijkheid dat een vordering gebaseerd wordt op de 'égalité devant les charges publiques', de rechtmatige overheidsdaad, voorzover de overheid aangesproken wordt, ga ik nu voorbij. Dat speelt alleen ten opzichte van de overheid een rol, en ook daar is de toepasselijkheid ervan gering, zo blijkt uit HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), r.o. 3.7.1. De lijn die zo gekozen is, valt overigens te betreuren omdat dit geval goed laat zien hoe een vorm van of variant op een risicoaansprakelijkheid goede diensten had kunnen bewijzen. Door daarvoor te kiezen, had immers beter verdedigd kunnen worden dat er vormen van (TBS-)therapie moeten zijn die erop gericht zijn om mensen onder behandeling een zekere mate van vrijheid te geven, omdat in dat geval eventuele slachtoffers daarvan in elk geval hun schade vergoed zouden krijgen.

4 Zie over de verdere invulling van die norm hoofdstuk VIII hierna.

5 Vgl. bijvoorbeeld voor het verwante terrein van dienstverleners en beroepsbeoefenaren Barendrecht/ van den Akker 1999, nr. 109-112, en Giesen 1999, p. 13, met verdere verwijzingen. Voor gevallen van toezicht, zie Haan-Kamminga 2003, p. 117, en Rb. Amsterdam 7-6-2000, JOR 2000, 153 (Nusse Brink) die ook geen verschil zag in (formulering van de) zorgvuldigheidnorm bij deze twee verschillende grondslagen (zie r.o. 6.1).

6 Uiteraard kan een overeenkomst een scherpe zorgvuldigheidnorm bevatten waaraan voldaan moet zijn, maar juist tussen derde en toezichthouder zal er niet vaak een overeenkomst bestaan, zie hierna. Dat zo'n overeenkomst dan ook nog een exoneratie kan bevatten, is dan evenmin van groot belang.

7 Zie verder Asser-Hartkamp 4-III (2002), nrs. 8-9. In Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 407, wordt overigens aangegeven dat indien afd. 6.1.10 BW van toepassing is op twee gevallen, maar de aansprakelijkheidgrondslag verschilt, de uitkomst van toepassing van die afdeling ook kan variëren (de aard van de aansprakelijkheid speelt een rol bij de invulling), maar dat zulks tot wezenlijke verschillen zou leiden, zie ik niet en staan aldaar ook niet beschreven. Het genoemde voorbeeld van verjaring (art. 3:310 BW ten opzichte van art. 3:312 BW) is immers elders geregeld.

8 Dat er wellicht wel een overeenkomst tussen de derde en de onder toezicht gestelde bestaat, doet aan het voorgaande niet af, omdat die relatie een andere is dan de relatie tussen de derde en de toezichthouder.

er ‘contract-achtige’ relaties bestaan via lidmaatschappen en de daaraan verbonden werking van statuten en reglementen.⁹

Van Rossum wekt in dit verband de suggestie het voorgaande enigszins anders te zien en wel een verschil te bespeuren tussen de contractuele en de buitencontractuele grondslag. In haar betoog dat de norm van ‘de redelijk handelende toezichthouder’ niet gehanteerd zou moeten worden (zie nader § 3 hierna), stelt zij immers dat een verschil tussen toezichthouders en beroepsbeoefenaren, voor wie die norm in elk geval geldt, is dat de beroepsbeoefenaar in een contractuele relatie staat met zijn cliënt, waardoor:¹⁰

‘de zorgvuldigheidsnorm hoe dan ook anders zal worden ingekleurd dan voor een toezichthouder die vele beleggers en consumenten tegenover zich heeft staan, waarmee hij geen contractuele relatie onderhoudt.’

Het zou dan dus wél van belang zijn, als ik haar goed begrijp, of er een contractuele relatie bestaat, omdat in dat geval de zorgvuldigheidsnorm anders zou worden ingevuld. Ik wil niet volledig uitsluiten dat die norm wellicht inderdaad iets anders ingekleurd zou kunnen worden, zo bleek ook al uit het vorige hoofdstuk, maar tegen de stelligheid van Van Rossum in deze, is in elk geval in te brengen dat juist bij de beroepsaansprakelijkheid eigenlijk nooit onderscheid tussen beide grondslagen wordt gemaakt, hoewel juist in die gevallen de aanwezigheid van een overeenkomst (die er vaak ook werkelijk zal zijn) van belang zou kunnen zijn. Waarom de invloed van het bestaan van een overeenkomst er bij toezichthouders dan wel (in overwegende mate) zou zijn, blijft vooralsnog onduidelijk.

Bovendien verandert het toezicht als zodanig, de wijze van uitoefening ervan én de mogelijke aansprakelijkheid wegens falend toezicht in beginsel niet als er een contractuele relatie tussen toezichthouder (T) en degene die onder toezicht staat (D), zou bestaan. Dat is niet alleen het geval omdat het eventuele bestaan van een overeenkomst in die relatie niet direct raakt aan de hier centraal staande relatie tussen toezichthouder en derde, waarin er in principe geen overeenkomst bestaat, maar ook omdat (de uitoefening van) het toezicht op een persoon of instantie niet afhankelijk zou mogen zijn van het wel of niet bestaan van een contractuele relatie. En als (de uitoefening van) het toezicht niet daarvan afhankelijk zou mogen zijn, dan mag naar mijn mening de norm voor en de mate van zorgvuldigheid die bij dat toezicht verwacht mag worden, ook niet daarvan afhankelijk zijn. Omdat de toezichthouder op zijn minst

9 Zoals het geval was in Rb. Amsterdam 7-6-2000, JOR 2000, 153 (Nusse Brink). Als er wel een contractuele relatie tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde bestaat, kan wanprestatie van de toezichthouder jegens zijn wederpartij eventueel een onrechtmatige daad ten opzichte van de derde zijn, vgl. in algemene zin Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 11, en Du Perron 1999, nr. 287 e.v.

10 Zie Van Rossum 2001, p. 14.

onafhankelijk moet zijn van degene op wie er toezicht wordt uitgeoefend,¹¹ zou het geen verschil mogen maken of er een contractuele relatie bestaat of niet.

2.2 *En elders...*¹²

2.2.1 *Frankrijk*

In *Frankrijk* kan niet alleen de ‘gewone’ onrechtmatige daadsnorm van art. 1382 en art. 1383 Code Civil (Cc) dienen als grondslag voor een claim wegens gebrekkig toezicht, maar ook, hoewel het onderscheid niet altijd heel groot zal zijn,¹³ art. 1384 al. 1 Cc. Het gaat dan om de aansprakelijkheid wegens een ‘fait d’autrui’ (het feit van een ander, gedrag van een ander), een vorm van aansprakelijkheid in het leven geroepen in het arrest *Blieck* van het *Cour de Cassation*.¹⁴ Vrij snel was duidelijk dat met het *Blieck*-arrest een nieuwe lijn in de rechtspraak was uitgezet, net zoals dat een eeuw eerder al gebeurd was ten aanzien van de ook op art. 1384 al. 1 Cc gebaseerde aansprakelijkheid wegens een ‘fait de la chose’.¹⁵

Het genoemde art. 1384 al. 1 Cc werd in dit arrest zo uitgelegd dat op die basis een opvoedingstehuis dat geestesgestoorde personen onder zijn hoede heeft en toezicht op die personen uitoefent, aansprakelijk kan zijn indien een van die personen een bosbrand sticht en zo schade veroorzaakt. Het tehuis heeft immers de last op zich genomen ‘d’organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie de la personne handicapée’. Dat de personen die in het tehuis verblijven, gedurende de dag totale vrijheid genieten, doet daaraan niet af.¹⁶

Volgens Coulon ligt hierin zelfs (mede) de verklaring waarom aansprakelijkheid langs deze weg nodig is.¹⁷ Kort gezegd komt zijn redenering hierop neer. Omdat de toegestane vrijheid het lastig maakt om de toezichthouder in verband met zijn eigen gedrag (falend toezicht) aansprakelijk te houden (deze heeft dan immers niet de mogelijkheid van permanente controle over de onder toezicht gestelde), en die vrijheid

11 Zie over de noodzaak en het belang van de onafhankelijkheid van toezichthouders bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1, p. 9.

12 Zie over het navolgende ook de conclusie van Hartkamp voor HR 12-5-1995, NJ 1996, 118 (‘t Ruige Veld/Univé), nr. 6. Ik ga hier niet nader in op het *Engelse* recht omdat er geen ‘torts’ bestaan die naast de algemene ‘tort’ van ‘negligence’ een prominente plaats opeisen als het om aansprakelijkheid van toezichthouders gaat. De enige uitzondering is wellicht ‘misfeasance in a public office’ maar die ‘tort’ is heel specifiek bedoeld voor overheidstoezicht en voor het overige niet snel toepasselijk (de eisen waaraan voldaan moet zijn, zijn nogal strikt), zie verder nog § XI.3.

13 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 788-8, op p. 818-819.

14 Zie Cass. ass. plén., 29 mars 1991, D. 1991, Jur. 324 note Larroumet; Coulon 2003, no. 27 e.v.; Code Civil 2003, no. 52 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no. 789-8 e.v.

15 Zie Terré/Simler/Lequette 1999, no. 809-812; Viney/Jourdain 1998, no. 789-2 en 789-8.

16 Zie Cass. ass. plén., 29 mars 1991, D. 1991, Jur. 324 note Larroumet. Voor andere voorbeelden, zie Code Civil 2003, no. 53 (inrichtingen voor jeugdigen) en 54 (sportverenigingen).

17 Coulon 2003, no. 35.

ook extra risico's met zich brengt, doch tevens therapeutisch noodzakelijk is,¹⁸ gaat het niet aan om een min of meer willekeurige derde (de buurtbewoner) die hierdoor schade lijdt, met die schade te laten zitten.¹⁹ Men zou kunnen stellen dat dat buiten het 'normaal maatschappelijke risico' van het slachtoffer valt. Schadevergoeding moet dus voor die derde eenvoudig te vestigen en te verkrijgen zijn. Via de zeer strikte risicoaansprakelijkheid die art. 1384 al 1 Cc voordien al ten aanzien van een 'fait du chose' vormde ('une responsabilité de plein droit'), een striktheid die later ook voor de gevallen van een 'fait d'autrui' expliciet is uitgesproken,²⁰ is dat naar Frans recht het best bereikbaar. Dit betekent namelijk dat zelfs het bewijs dat de gedaagde partij zorgvuldig handelde (geen 'faute' beging), hem niet exonereert van aansprakelijkheid. Eigenlijk kan alleen 'force majeure' of een 'faute de la victime' de gedaagde nog bevrijden.²¹

Gevolg daarvan is wel, zo geeft Coulon terecht aan, dat het hier niet langer gaat om het sanctioneren van foutief gedrag. Het gaat enkel nog om compensatie voor het slachtoffer door degene die de 'garde' over een ander, de primaire dader, heeft.²² De rechtvaardiging voor die compensatie schuilt ook daarin, want het betreft de keerzijde van de macht die een persoon kan uitoefenen over een ander, het betreft het 'risque de l'autorité'.²³ Dat risico loopt door zolang de gedaagde de controle

18 Hier doet zich een voorbeeld van het nog nader (§ VIII.3) te expliciteren toezichthouderdilemma voor. Men kan niet zeggen dat de therapie juist is en tegelijk de toezichthouder aansprakelijk houden indien de onder toezicht gestelde gebruik maakt van de vrijheid die de therapie met zich brengt en vervolgens schade toebrengt aan een derde. Zie nader daarover § VIII.3.

19 Zie Galand-Carval 2003, p. 91, en met name Coulon 2003, no. 35. Coulon gaat ervan uit dat het *Cour de Cassation* zich hier heeft laten inspireren door de *Conseil d'Etat* die eerder een vergelijkbare uitkomst bereikte, bijvoorbeeld toen de heropvoeding van kinderen volgens nieuwe methoden (die veel meer vrijheid lieten aan de jeugdigen) werd ingericht. Zie ook Viney/Jourdain 1998, no. 789-4, 789-5 en 789-11; en Galand-Carval 2003, p. 90.

20 Zie Cass. crim., 26 mars 1997, D. 1997, Jur. 496, en van nadien bijvoorbeeld Cass. 2e civ., 7 mai 2003, D. 2003, Jur. 2256 note Huyette, en Galand-Carval 2003, p. 87. Voor deze arresten bestond hier nog twijfel over, vgl. Viney/Jourdain 1998, no. 789-10 en 921. Zie verder Coulon 2003, no. 36; Terré/Simler/Lequette 1999, no. 814. Parallel daaraan werd ook het schuldvermoeden zoals dat ten aanzien van de aansprakelijkheid van ouders voor de daden van hun kind gold, omgezet in eenzelfde vorm van risicoaansprakelijkheid, zie Coulon 2003, no. 39-41, verwijzend naar het beroemde *Bertrand*-arrest, Cass. 2e civ., 19 février 1997, D. 1997, Jur. 265 note Jourdain, waarover ook bijvoorbeeld Terré/Simler/Lequette 1999, no. 785, en Viney/Jourdain 1998, no. 886. Dit was een belangrijke aanwijzing dat hetzelfde ook gold voor de gevallen van een 'fait d'autrui', zie Viney/Jourdain 1998, no. 789-14 en 921.

21 Zie bijvoorbeeld Viney/Jourdain 1998, no. 789-14; Galand-Carval 2003, p. 87.

22 Coulon 2003, no. 43 en no. 70 e.v. Dat betekent ook dat de aanwezigheid van een verzekering van belang is, zie Coulon 2003, no. 75. Vgl. verder nog Galand-Carval 2003, p. 91 (deze vorm van aansprakelijkheid leidt tot een solvete (want verzekerde) dader). In *Nederland* is dit duidelijk niet de gekozen lijn, zie HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.).

23 Expliciet zo over de risicoaansprakelijkheid van art. 1384 Cc, Radé, D. 1997, p. 284-285. Zie ook Terré/Simler/Lequette 1999, no. 815 en de noot van Jourdain onder Cass. 2e civ., 12 décembre 2002, RTD Civ. 2003, 305, op p. 307.

had over de andere persoon.²⁴ Inmiddels zijn de meest scherpe kantjes hier overigens alweer van afgeslepen, want uit de rechtspraak blijkt inmiddels dat er wel een zekere vorm van foutief gedrag nodig is, maar dan niet bij de gedaagde, maar bij degene voor wie de gedaagde in dient te staan.²⁵ De discussie die hierover bestond, lijkt daarmee ten einde.²⁶ Als derhalve de ‘onder toezicht gestelde’ geen fout maakte, is de toezichthouder voor de desondanks ingetreden schade niet aansprakelijk op basis van art. 1384 Cc.²⁷

Een belangrijk terrein waarop de leer van het ‘fait d’autrui’ zich begeeft, is dat van de instellingen die de macht over onder toezicht gestelde (veroordeelde) jeugdigen uitoefenen en aanverwante (gehandicapten-)instellingen.²⁸ In hoeverre deze leer ook bruikbaar is ten opzichte van (psychiatrische) ziekenhuizen, scholen, vakantieverblijven, crèches, etc., en dus in al die gevallen waarin het om kinderen, gehandicapten, delinquenten of psychiatrische patiënten gaat, is nog niet volledig uitgekristalliseerd,²⁹ maar wel is al duidelijk dat oppassende grootouders niet meteen risicoaansprakelijk zijn voor de daden van hun kleinkind.³⁰ Het lijkt erop dat degene die incidenteel en vrijwillig, onbezoldigd oppast, niet onder art. 1384 al. 1 Cc valt.³¹ De personen die aan die eisen voldoen, zoals grootouders, kunnen natuurlijk wel, net als ieder ander

24 Zie bijvoorbeeld Cass. 2e civ., 7 mai 2003, D. 2003, Jur. 2256 note Huyette, waaruit duidelijk wordt dat de verantwoordelijkheid van een instelling over een door een kinderrechter aan haar toevertrouwde jongere blijft bestaan zolang die beslissing niet is geschorst of opgeheven. Zo ook al Cass. 2e civ., 6 juin 2002, D. 2002, Jur. 2750 note Huyette. Deze leer is ook mede ontwikkeld omdat er steeds meer en nadere relaties ontstonden waarbij de ene persoon op een ander dient te letten, vgl. Terré/Simler/Lequette 1999, no. 812. Coulon 2003, no. 76, ziet ‘controle’ dan als de aanwezigheid van een ‘sociale afhankelijkheidsrelatie’ en niet puur als ‘pouvoir de surveillance’.

25 Zie Cass. 2e civ., 20 novembre 2003, D. 2004, Jur. 300 note Bouché. Anders nog Cass. 2e civ., 12 décembre 2002, RTD Civ. 2003, 305 nt. Jourdain.

26 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 789-10; Cass. 2e civ., 12 décembre 2002, RTD Civ. 2003, 305 nt. Jourdain (waarin de net genoemde voorwaarde niet gesteld werd, tot afgrijzen van Jourdain), en de noot van Bouché onder Cass. 2e civ., 20 novembre 2003, D. 2004, Jur. 300, met name op p. 301. Bouché geeft ook aan dat dit bij de aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen anders ligt, op dat vlak is namelijk de enkele causale gedraging van het kind voldoende, een ‘faute’ van dat kind is niet vereist. Zie daarover ook Viney/Jourdain 1998, no. 880 en Cass. 2e Civ., 10 mai 2001, D. 2001, Jur. 2854 nt. Tournafond.

27 En als die primaire dader wel onzorgvuldig handelde, is regres mogelijk door de aangesproken partij, zie Viney/Jourdain 1998, no. 789-14.

28 Zie hierover, met verdere verwijzingen, Viney/Jourdain 1998, no. 789-15 en 789-18.

29 Zie daarover Viney/Jourdain 1998, no. 789-19 en 921 e.v. Art. 1384 al. 1 Cc geldt wel voor een zogenaamde ‘association d’action éducative’, een heropvoedingsinstelling, zie daarvoor het arrest Blicq, Cass. ass. plén., 29 mars 1991, D. 1991, Jur. 324 note Larroumet, ook als dat geen privé-instelling is, zie Viney/Jourdain 1998, no. 935. Vgl. verder Galand-Carval 2003, p. 86. Voor de aansprakelijkheid van leraren geldt nog een aparte regeling, waarbij (in bepaalde gevallen) de Staat aangesproken dient te worden, zie nader daarover Viney/Jourdain 1998, no. 897 e.v., en hierna § VIII.2.3.2.

30 Viney/Jourdain 1998, no. 921; Galand-Carval 2003, p. 90.

31 Zo in elk geval Coulon 2003, no. 78.

die geacht wordt toezicht te houden, op basis van art. 1382 Cc aansprakelijk zijn wegens een eigen 'faute de surveillance'.³²

Meer duidelijk bestaat er ook op een ander terrein. Zo wordt dit leerstuk wel toegepast op sportverenigingen, hetgeen een stevige uitbreiding van deze vorm van aansprakelijkheid betekent.³³ Deze zijn aansprakelijk voor de schade die een deelnemer aan het spel leidt door het handelen van een lid van de aangesproken vereniging. Daarbij geldt sinds kort dan wel de voorwaarde, zo bleek zojuist al, dat de deelnemer die de schade toebrengt, hoewel die persoon als zodanig niet identificeerbaar hoeft te zijn, een 'faute' maakt. Het betreft dan een fout die zich kenmerkt door een overtreding van de spelregels en die toerekenbaar is aan een der deelnemers.³⁴ Het is daarentegen niet nodig dat de betreffende activiteit op zichzelf een risicovolle bezigheid moet betreffen, de aansprakelijkheid bestaat onafhankelijk daarvan.³⁵

2.2.2 Duitsland

Naar *Duits* recht is naast de algemene bepaling inzake aansprakelijkheid (§ 823 BGB) ook § 832 BGB van belang. Deze bepaling behandelt direct de aansprakelijkheid wegens falend toezicht, met name waar het gaat om toezicht op kinderen en geestelijk gestoorden. De aansprakelijkheid voor gedragingen van kinderen komt naar Nederlands recht niet specifiek aan bod in dit boek (zie § I.1.3), maar de aansprakelijkheid voor geestelijk gestoorden wel, zodat een vergelijk op dit stuk zinvol kan zijn.

In § 832 BGB is bepaald dat degene die op basis van de wet toezicht dient te houden op een persoon die toezicht behoeft (in verband met diens leeftijd³⁶ of geestelijke of lichamelijke toestand³⁷), aansprakelijk is voor de schade die de onder toezicht

32 Zie Viney/Jourdain 1998, no. 923 en 921. Een aantal gevallen komt nog aan bod in § VIII.2.3. Zie verder nog Coulon 2003, no. 82, die een onderscheid maakt tussen de 'gardien' die onder art. 1384 Cc valt en de 'surveillant' waarvoor art. 1382 Cc geldt. De plichten van die 'surveillant' zijn dan hierop gebaseerd, aldus Coulon 2003, no. 95 e.v., dat degene die de zorg over een ander op zich neemt, automatisch ook verplicht is om derden tegen die persoon te beschermen. Die zorg accepteert de toezichthouder niet alleen ten opzichte van de onder toezicht gestelde, maar ten opzichte van een ieder. Dat concept sluit dan weer aan bij de regeling in § 832 van het Duitse BGB, zie hierna. Dat de toezichthouder aansprakelijk is voor eventuele schade is verklaarbaar want als die toezichthouder de benodigde zorg niet kan waarmaken, was het al een 'faute' zijnerzijds om het toezicht te accepteren, zie § IX.2.4.

33 Vgl. (nog twijfelend) Viney/Jourdain 1998, no. 789-20. Zie ook Cass. 2e civ., 12 décembre 2002, RTD Civ. 2003, 305 nt. Jourdain, waarin het leerstuk werd toegepast op de vereniging van majorettes

34 Zie Cass. 2e civ., 20 novembre 2003, D. 2004, Jur. 300 nt. Bouché. Dat met name rugbyverenigingen, waarover het in dit geval ging, hieronder zouden kunnen vallen, was al eerder bekend, zie de verwijzingen in de noot van Bouché op p. 301, alsmede in Code Civil 2003, no. 54.

35 Zie de noot van Jourdain onder Cass. 2e civ., 12 décembre 2002, RTD Civ. 2003, 305, op p. 306-307, die aangeeft dat hiermee de reikwijdte van het leerstuk nog breder is geworden.

36 Zo vallen personen die betaald toezicht houden op kinderen (kinderdagverblijven, ziekenhuizen, etc) onder deze bepaling, maar burens die even oppassen niet, zie Fedtke/Magnus 2003, p. 115-116.

37 Zie verder Fedtke/Magnus 2003, p. 117-118.

gestelde aan een derde toebrengt. De onder toezicht gestelde dient wel zelf aan de vereisten voor een onrechtmatige daad voldaan te hebben.³⁸ De achterliggende gedachte bij deze vorm van aansprakelijkheid is dat er een plicht bestaat voor een persoon om het gedrag van een ander onder controle te houden. Die plicht is dan weer terug te voeren op het feit dat de aangesprokene in de positie was het verhoogde gevaar (van de persoon onder supervisie) te beheersen; die persoon is in de beste positie om de schade te voorkomen.³⁹

De aansprakelijkheid treedt niet in indien aan de plicht om toezicht uit te oefenen voldaan is of indien de schade ook bij voldoende toezicht zou zijn ontstaan. Indien de benadeelde derhalve aantoont dat hij schade heeft geleden door wederrechtelijk handelen van de onder toezicht gestelde, wordt vermoed dat de toezichthouder zijn plicht verzaakt heeft en dat die schade vermeden zou zijn als de toezichthouder wel juist zou hebben gehandeld. Er geldt daarmee een gunstige bewijsregeling voor de derde die schade geleden heeft, ten nadele van de toezichthouder.⁴⁰

3 De zorgvuldigheidsnorm: de redelijk handelende toezichthouder

3.1 De redelijk handelende toezichthouder

Waar het gaat om de vraag welke zorgvuldigheidsnorm zou moeten gelden voor een toezichthouder, zal een eerste antwoord waarschijnlijk vrij snel luiden dat die toezichthouder zich, ongeacht de grondslag voor aansprakelijkheid, zal moeten gedragen zoals het 'een redelijk handelend toezichthouder' betaamt. In de (lagere) rechtspraak inzake de aansprakelijkheid voor falend financieel toezicht zien wij die norm terug in zowel het vonnis van de Rechtbank Amsterdam in de *Nusse Brink*-zaak als in dat van de Rechtbank Den Haag in de *Vie d'Or*-zaak.⁴¹ In diezelfde zaak sluit het Hof Den Haag zich eveneens expliciet aan bij die norm,⁴² en ook in delen van de literatuur wordt die norm aanvaard.⁴³

Deze norm sluit aan bij de norm zoals die in het bijzonder ten aanzien van vrije beroepsbeoefenaren wordt benut: de arts dient te handelen zoals een redelijk handelend

38 Zie bijvoorbeeld Deutsch 1995, Rdn. 333, die overigens voor afschaffing van deze bepaling pleit, zie Rdn. 335.

39 Fedtke/Magnus 2003, p. 109 en 117.

40 Zie over het voorgaande nog Münch.Komm (Stein) 1997, § 832, Rdn. 29, alsmede Deutsch 1995, Rdn. 334, en over het laatste aspect ook nog § XII.3.2.

41 Zie Rb. Amsterdam 7-6-2000, JOR 2000, 153 (*Nusse Brink*), r.o. 6.1, en Rb. Den Haag 13-6-2001, JOR 2001, 215 (*Vie d'Or/PVK*), r.o. 3.10.

42 Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Anandel (*Vie d'Or*), r.o. 7.5.

43 Schilder/Nuijts 2004, p. 69; Wessels, IIR 1996, p. 133, en Giesen, AV&S 2002, waarop deze paragraaf is gebaseerd. Haan-Kamminga 2003, p. 123-125, spreekt zich uiteindelijk niet echt uit voor of tegen hantering van deze norm, maar werkt er wel mee.

arts zou handelen, de advocaat als een redelijk handelend advocaat, et cetera.⁴⁴ De aansluiting bij de norm die ten aanzien van de vrije beroepen geldt, is niet zo vreemd als bedacht wordt dat die beroepsbeoefenaren in iets breder verband gezien ‘dienstverleners’ zijn, net zoals de meeste toezichthouders ook een dienstverlenende taak hebben. De (mogelijkheid van) gelijkschakeling kan zo verklaard worden, zo lijkt het.⁴⁵

In hun preadvies voor de NJV leggen Schilder en Nuijts ook een zeer nauwe koppeling tussen advies – typisch een activiteit van een beroepsbeoefenaar of dienstverlener – en toezicht. Zij zien een aantal gelijke kernwaarden bij beide terugkeren, hoewel zij overigens ook erkennen dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen beide groepen.⁴⁶ Waar zij vervolgens het adviesproces omschrijven als een proces dat uit drie elementen bestaat, namelijk inventariseren, analyseren en informeren, wordt de band tussen advies en toezicht (inventariseren, analyseren en ingrijpen) opeens wel heel duidelijk.⁴⁷ Het is dan ook niet verrassend dat zij vervolgens uitgaan van de norm van de ‘redelijk handelende toezichthouder’ en dan in het bijzonder bespreken hoe de verdere inhoudelijke invulling daarvan gestalte moet krijgen.⁴⁸

Los van de hier geschetste nauwe band met dienstverlening, heeft aansluiting zoeken bij de norm van een ‘redelijk handelend persoon’ dat voordeel dat er zodoende bij een welbekend concept (leerstuk) wordt aangesloten hetgeen de duidelijkheid op dit terrein alleen maar ten goede kan komen. Die norm is immers de verwoording van de in het aansprakelijkheidsrecht gebruikelijke objectieve toetsingsmaatstaf.⁴⁹ Het gaat in het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk steeds om wat een redelijke handelend persoon in een bepaalde situatie gedaan zou hebben. Door daarbij aan te haken, wordt een in beginsel zo eenvoudig mogelijke norm gehanteerd.

Dat er door de Hoge Raad ten aanzien van de aansprakelijkheid van de Staat in verband met de misdaden van een TBS-er aan wie verlof verleend was,⁵⁰ uitgegaan wordt van een andere, minder snel tot onzorgvuldigheid leidende maatstaf dan de hiervoor besproken norm, doet mijns inziens aan dit alles niet af. Voorzover de Hoge Raad zich aangesloten heeft bij de eerder in die zaak door de Rechtbank aangelegde maatstaf (‘niet kennelijk onverantwoord’), hetgeen lijkt te volgen uit r.o. 3.5 van het arrest, kon hij eigenlijk ook niet anders omdat die norm in deze procedure verder niet

44 Zie ook Van Rossum 2001, p. 13; Schilder/Nuijts 2004, p. 70, en de noot van Frielink in JOR 2000, 153, op p. 847. Zie over die norm in algemene zin onder andere Giesen 1999, p. 13 e.v.

45 Ook kan er voor de financiële toezichthouders nog op deze parallel gewezen worden dat zowel beroepsbeoefenaren als die toezichthouders over het algemeen (zuivere) vermogensschade zullen toebrengen en geen personenschade.

46 Zie Schilder/Nuijts 2004, p. 12, en over die verschillen (taak en instrumenten; publiek belang en publiekrechtelijke bevoegdheden) en overeenkomsten (kernwaarden; belang van ander behartigt en risicoreductie als doel; onafhankelijkheid) ook p. 92 e.v.

47 Schilder/Nuijts 2004, p. 28 en vgl. de toezichtstaken zoals hiervoor omschreven in § II.2.2.

48 Schilder/Nuijts 2004, p. 69 e.v. Ik ga in hoofdstuk VIII nader op die invulling in.

49 Zie nader § 3.2 hierna, met verder verwijzingen, waarin de kritiek op deze norm wordt besproken.

50 Zie HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.).

bestreden werd, zodat daarvan uitgegaan moest worden.⁵¹ Bovendien is de zodoende aangelegde norm,⁵² een zeer specifiek op deze casus gerichte norm, met als gevolg dat daaraan geen al te ruim werkingsbereik gegeven kan worden. Dat betekent dus dat er voor andere gevallen van toezicht een algemene norm (redelijk handelend toezichthouder) nodig blijft en nader ontwikkeld moet worden.⁵³

3.2 Kritische geluiden over die norm

Ik besprak hiervoor dat de keuze voor de norm van een ‘redelijk handelend toezichthouder’ verklaard kon worden door de nauwe band tussen toezichthouders en dienstverleners. Echter, of die verklaring eigenlijk wel noodzakelijk was, is een andere zaak. Op zichzelf zou er immers weinig in te brengen zijn geweest tegen de keuze voor die maatstaf als er niet al eenzelfde maatstaf voor dienstverleners zou hebben bestaan. Evenzeer valt er weinig tegen die keuze in te brengen indien de band met dienstverlening geheel zou blijken te ontbreken. Het valt dan ook te betwijfelen hoe zinvol het is om al te lang stil te staan bij een discussie over het gebruik van die norm. Ik wil echter het debat niet uit de weg gaan en daarom zal ik er toch enkele woorden aan wijden.

Van Rossum heeft zich in haar oratie als eerste tegen het hiervoor genoemde uitgangspunt gekeerd. In haar visie is het criterium van ‘de redelijk handelend toezichthouder’ onhanteerbaar, want zij kan zich, anders dan bij beroepsbeoefenaren, geen vergelijkingstype bij de redelijk handelend toezichthouder voorstellen. Er is immers maar één DNB of AFM. Bovendien gaat de vergelijking met beroepsbeoefenaren niet op, want in haar visie is er in die gevallen een contractuele relatie met de cliënt of patiënt. Tot slot betreft het hier een loze formule.⁵⁴

Hoewel het juist is dat er slechts enkele toezichthouders in de financiële wereld actief zijn en er in Nederland maar één DNB is, raakt dat niet de kern van de zaak. Een vergelijkingstype zoals dat van ‘de redelijk handelende toezichthouder’ bestaat inderdaad niet, maar de ‘redelijk handelende arts’ of de ‘redelijke handelende advocaat’ bestaan net zomin. Ook ‘the man on the Clapham omnibus’⁵⁵ is geen mens van vlees en bloed. Al dit soort vergelijkingstypes zijn niet meer dan een abstractie⁵⁶ en dat is nu juist ook de bedoeling ervan. De rechter beoordeelt of iemand voldaan heeft aan wat een ‘ideaaltype’, iemand die handelt zoals het hoort, in abstracto gedaan zou hebben in de situatie waarin de gedaagde verkeerde. Wat dat handelen dan zou hebben

51 Zie ook A-G Spier in zijn conclusie voor HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), sub 4.4.

52 Zoals Spier bepleitte, zie zijn conclusie voor HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), sub 3.7.2 en 3.8.

53 De vervolgvraag in hoeverre in zijn algemeenheid een aangepaste zorgvuldigheidsnorm, bijvoorbeeld dat aansprakelijkheid alleen bij grove nalatigheid aanvaard zou kunnen worden, toepasselijk zou kunnen of moeten zijn in geval van toezichthouders, beantwoord ik (negatief) in § VIII.2.4.5.

54 Zie over het voorgaande Van Rossum 2001, p. 13-14.

55 Zie over deze Engelse vergelijkingmaatstaf onder andere Markesinis/Deakin 1999, p. 155; Rogers 1998, p. 53.

56 Zie ook Rogers 1998, p. 171, en vgl. Van Dam 2000, nr. 909.

ingehouden, wordt ook op dat moment door diezelfde rechter bepaald. Daarvoor heeft de rechter geen bestaande persoon of instantie nodig.⁵⁷ Overigens, als men echt een bestaand vergelijkingstype zou wensen, zou men altijd nog naar de Europese Centrale Bank of naar één van de andere centrale banken in Europa (of daarbuiten) kunnen kijken.

Daar komt nog bij dat daadwerkelijke toetsing van de gewraakte handeling aan wat een redelijk handelende persoon of toezichthouder gedaan zou hebben, sowieso vrijwel onmogelijk is, omdat de situatie die ter beoordeling voorligt, zich in het verleden heeft afgespeeld zodat bij de toetsing op een later moment de rechter onvermijdelijk te maken krijgt met het feit dat hij ‘the benefit of hindsight’ heeft. Hij weet al wat er gebeurd is, wat er misgegaan is, en moet trachten om die kennis (wijsheid achteraf) niet te laten meewegen in zijn oordeel over wat er in het verleden had moeten gebeuren.⁵⁸

Het argument dat de vergelijking met de maatstaf zoals gebruikt bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren (de redelijk handelend arts, et cetera) niet op zou gaan, omdat er in die gevallen een contractuele relatie bestaat, zoals Van Rossum aanvoert, wordt naar mijn mening ontkracht door het feit dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van die beroepsbeoefenaren eigenlijk niemand zich echt druk maakt over de vraag of het om een wanprestatie of een onrechtmatige daad gaat. Waarom zou het verschil tussen beide grondslagen ten aanzien van toezichthouders wel van belang zijn als dat onderscheid op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid niets uitmaakt voor de beoordeling van het handelen?

Toegegeven kan worden, tot slot, dat het hier om een vage formule gaat (een ‘loze formule’⁵⁹ vind ik wat ver gaan), maar daaraan is weinig te doen. Ook de door Van Rossum zelf voorgestelde invulling van de op toezichthouder toepasbare zorgvuldigheidsnorm, waarvoor zij aansluiting zoekt bij vijf ‘gezichtspunten’ en een aantal door haar omschreven ‘beginselen van behoorlijk toezicht’, blijft tot op zekere hoogte vaag. Immers, ook die gezichtspunten en beginselen behoeven weer verdere invulling.⁶⁰ Onder de vijf gezichtspunten die een rol spelen bij de vraag of aan de zorgvuldigheidsnorm voldaan wordt, vallen 1) de aard en 2) het doel van het toezicht en 3) de bevoegdheden van de toezichthouder. Mijns inziens betreffen de overige twee genoemde gezichtspunten echter geen gezichtspunt in de door Van Rossum zelf bedoelde zin. Als de toezichthouder namelijk zijn instrumentarium onvoldoende benut heeft (gezichtspunt 4) of niet aan zijn onderzoeksplicht voldaan heeft (gezichtspunt 5), handelt

57 Zo ook Rogers 1998, p. 171. Dit laat onverlet dat wanneer duidelijk is wat andere personen in een bepaalde situatie in meerderheid plegen te doen omdat dat de beste koers zou zijn, dat uiteraard zeer behulpzaam (en vaak beslissend) zal zijn bij de beoordeling van het geval. Dat verklaart ook het belang dat rechters in (beroeps)aansprakelijkheidsprocedures toekennen aan normen die binnen een bepaalde (beroeps)groep leven.

58 Vgl. Van Boom/Barendrecht 2000, p. 45 e.v.

59 Van Rossum 2001, p. 14, waartegen Giesen, AV&S 2002, p. 102.

60 Zie nader Van Rossum 2001, p. 14.

deze gewoon onzorgvuldig. Daarmee is de beoordeling rond, daar komt verder geen (ander) gezichtspunt of afweging van factoren meer bij kijken.⁶¹

Los daarvan merk ik nog op dat hoewel het op zichzelf niet is uitgesloten dat de door Van Rossum genoemde gezichtspunten en beginselen de norm van de redelijk handelend toezichthouder nader vorm geven, dat op zichzelf niet betekent dat die norm dan ook maar overboord gezet moet worden. Die norm levert op zijn minst een handzame (zij het enigszins vage) formule bij het spreken over de zorgvuldigheid die verwacht mag worden van een toezichthouder.

Ook Van Dijk heeft zich kritisch uitgelaten over de norm die aansluiting zoekt bij de zorgvuldigheid die van een redelijk handelende beroepsbeoefenaar verwacht mag worden, hoewel hij ook aangeeft, en dat is mijns inziens juist, dat de belangrijkste vraag in deze luidt hoe die norm verder ingevuld wordt. Zijn bezwaar is dat de norm minder passend is (en aansluiting erbij wat geforceerd aandoet) omdat de taak van een toezichthouder en dienstverlener geheel verschillen en omdat de grondslag van de activiteiten van een toezichthouder anders is dan bij een dienstverlener: een zuiver publiekrechtelijke grondslag staat tegenover een civielrechtelijke overeenkomst.⁶²

Dat de taken van een dienstverlener en een toezichthouder niet geheel gelijk lopen,⁶³ lijkt mij niet wezenlijk, want ook per toezichthouder en per type dienstverlener verschilt die taak. Dat argument doortrekkend, zou dus geen enkele norm voor zorgvuldig toezicht (of zorgvuldige beroepsuitoefening) in brede(re) zin kunnen bestaan. En wat de grondslag voor de taakuitoefening precies is, en of die grondslag wellicht verschilt, is volgens mij evenmin wezenlijk als het gaat om de (puur civielrechtelijke) vraag naar de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ten opzichte van een gedupeerde derde.⁶⁴

Wat hier verder van zij, het voorstel van Van Dijk is vervolgens om te kijken naar de aard en het doel van het toezicht, inclusief de toegekende bevoegdheden, naar de mate van beleidsvrijheid en naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁵ Vervolgens zou een verdere inkleuring van de aansprakelijkheidsnorm aan de hand van een gedragsnorm voor de hand liggen, en daartoe grijpt hij terug op de *Kelderluik*-factoren.⁶⁶ Zo beroept ook Van Dijk zich uiteindelijk toch op een privaatrechtelijk

61 Vgl. ook Haan-Kamminga 2003, p. 124-125, waar zij stelt dat Van Rossum en ikzelf niet al te zeer van mening verschillen. Ik ben dat met Haan-Kamminga eens in die zin dat zeker die laatste twee factoren voor mij gewoon concrete invullingen van de zorgvuldigheidnorm zijn terwijl de eerste drie gezichtspunten in mijn *Kelderluik*-benadering evenzeer wezenlijk zijn.

62 Van Dijk, NTBR 2003, p. 191. Hij stelt ook nog dat het kunstmatig is om de norm van redelijk handelend te gebruiken omdat de financiële toezichthouders privaatrechtelijke rechtspersonen zijn want de organisatievorm kan niet de aansprakelijkheid bepalen, zie p. 192. Daarover zijn we het eens, maar dat was ook nooit een reden (althans wat mij betreft) om voor die norm te opteren.

63 Hetgeen juist is, zoals ik al constateerde, zie § 3.1, en Schilder/Nuijts 2004, p.12.

64 Dat er wellicht sprake was van een overeenkomst T-D, speelt dan geen rol meer ten opzichte van die gedupeerde (S), noch bij dienstverleners, noch bij toezichthouders.

65 Zie Van Dijk, NTBR 2003, p. 192, die zich zo tot op zekere hoogte aansluit bij Van Rossum 2001.

66 Van Dijk, NTBR 2003, p. 192.

norm, en is de publiekrechtelijk insteek blijkbaar alsnog naar de achtergrond verdwenen,⁶⁷ hetgeen naar mijn mening overigens een juiste opvatting is. Daarmee zijn de verschillen tussen zijn en mijn opvatting⁶⁸ verwaarloosbaar klein geworden.

Verder heeft ook Haan-Kamminga zich in dit debat niet onbetuigd gelaten. Haar visie komt erop neer dat de gelijkenschakeling van dienstverleners en toezichhouders het eigen karakter van toezicht miskent.⁶⁹ Daarbij speelt ten eerste een rol dat toezicht betrekking heeft op het uitoefenen van een publieke taak, waarbij het om het publieke belang gaat, met als gevolg dat de vraag rijst of daar dezelfde aansprakelijkheidsregels moeten gelden.⁷⁰ Ik merk daarbij op dat het behartigen van een publieke taak en het opereren in het publieke domein op zichzelf civielrechtelijke aansprakelijkheid niet uitsluit. Overheidsaansprakelijkheid is geen onbekend fenomeen. Bovendien wordt ook die aansprakelijkheid naar regels van civiel recht bepaald, zoals ik hiervoor al aangaf.

Ten tweede heeft toezicht volgens Haan-Kamminga ook in die zin een eigen karakter – zodat een vergelijking met dienstverleners of beroepsbeoefenaren niet opgaat – dat de toezichthouder een andere positie heeft omdat hij de bevoegdheid heeft om sancties op te leggen. Hij dient het algemeen belang, terwijl de dienstverlener alleen het belang van de wederpartij dient.⁷¹ Zonder te willen ontkennen dat de financiële toezichthouder inderdaad die positie heeft (en deze dus een ook andere taak heeft), wijs ik er wel op dat dat voor andere toezichthouders (de psychiatrische instelling bijvoorbeeld) niet geldt. Bovendien, en dat is wellicht nog wezenlijker, dienen bepaalde beroepsbeoefenaren/dienstverleners juist wel mede het algemene en publieke belang. Ik noem met name de notaris en de accountant.⁷² Zij handelen niet alleen in het belang van de cliënt. De vergelijking gaat dus wellicht minder mank dan gesuggereerd wordt.⁷³

67 Van Dijk, NTBR 2003, p. 193, doet nog wel een poging zich hier uit te redden. Hij wijst er op dat de *Kelderluik*-factoren zich naadloos in een publiekrechtelijke setting laten inpassen. Dat is mijns inziens een (leuk gevonden) truc, die inhoudelijk verder niet onderbouwd wordt.

68 Zie hierna hoofdstuk VIII, alsmede Giesen, AV&S 2002, p. 102-103.

69 Zie Haan-Kamminga 2003, p. 123.

70 Zie Haan-Kamminga 2003, onder andere op p. 119 en 120.

71 Zie Haan-Kamminga 2003, p. 127-128.

72 Zie Kortmann 2004, p. 221 (notaris), en over die dienstverleners en hun (maatschappelijke) positie in meer algemene zin Van den Akker 2001; Boks 2002 (inzake de notaris), en Schilder/Nuijts 2004, p. 43-57 (inzake de accountant). Daarbij staat uiteraard buiten kijf dat de notaris en de accountant, anders dan bepaalde toezichthouders, geen sancties op kunnen leggen, maar als deze dienstverleners hun medewerking weigeren (in verband met het publieke belang) komt dat in wezen op hetzelfde neer.

73 Welbeschouwd is Haan-Kamminga 2003 uiteindelijk helemaal niet zo fel gekant tegen de norm van de redelijk handelende toezichthouder. Voor haar is de voor toezichthouders geldende beleidsvrijheid en de daarbij behorende marginale toetsing van het handelen van een toezichthouder veel wezenlijker en wil zij die elementen veel sterker dan nu het geval lijkt te zijn, verdisconteerd zien in de norm die voor toezichthouders geldt. Om dat te bereiken, dient zij de mogelijkheid van een vergelijking met de (volledig toetsbare handelingen van) dienstverleners te ontkrachten. Hier volstaat die constatering. Over het hoe en waarom van de noodzaak om wel tot een volledige toets van het handelen van toezichthouders te komen, zie § V.4.

4 Conclusie

De grondslag voor aansprakelijkheid wegens falend toezicht is naar Nederlands recht de wanprestatie of de onrechtmatige daad; in beide gevallen gaat het om de zorgvuldigheid die verwacht zou mogen worden van de gedaagde toezichthouder. Daarbij gaat het mijns inziens om wat een ‘redelijk handelend toezichthouder’ zou hebben gedaan. De in de literatuur wel geuite kritiek op het gebruik van die maatstaf, is mijns inziens niet voldoende steekhoudend om een zo bruikbare en al veel benutte maatstaf niet te blijven hanteren. Daaraan doet ook niet af dat die norm nog verder ingekleurd moet worden. Dat aspect komt in het volgende hoofdstuk aan bod.

VIII | De invulling van de zorgvuldigheidsnorm

1 Inleiding

Nadat in het voorgaande de uitgangspunten en de grondslag voor de eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder in kaart zijn gebracht, luidt vervolgens de vraag: Hoe wordt de zorgvuldigheidsnorm ingevuld? Is het mogelijk de norm van de ‘redelijk handelende toezichthouder’ nader te concretiseren, en zo ja, hoe dan? Hoe ver reikt de plicht tot het uitoefenen van het toezicht?¹ Kan daarbij aangesloten worden bij de oplossingen die gelden voor een aantal specifieke deelterreinen waarvoor al het nodige bekend is, en zo ja, waartoe leidt dat dan? Naast deze concrete(re) invulling van de zorgvuldigheidsnorm (§ 2), wordt in dit hoofdstuk tevens aandacht geschonken aan het zogenaamde toezichthouderdilemma omdat dat van directe invloed lijkt te zijn op de invulling van die norm (§ 3). Ik rond af door middel van een korte conclusie (§ 4).²

2 De invulling van de zorgvuldigheidsnorm

2.1 Inleiding

Als het over de invulling van de zorgvuldigheidsnorm gaat, is van wezenlijk belang, zo zal nog blijken, of de schadeveroorzakende gebeurtenis voorzienbaar was. Ofwel: was er sprake van wat ik eerder *concreet toezichtsfalen* genoemd heb?³ Dat was zeker het geval in de zaak waarin de politie aansprakelijk werd gehouden in verband met het doorgang laten vinden van een roofoverval waarbij het slachtoffer van de overval gedood werd. In dit geval wist de politie vooraf wie de overval zou plegen, waar en wanneer die gepleegd zou worden en op wie die gepleegd zou worden. Bovendien wist men dat er geweld gebruikt zou worden en had men geruchten vernomen dat

-
- 1 Die plicht gaat in elk geval niet zover, ik laat dat hier overigens verder rusten, dat de toezichthouder moet instaan voor opzettelijke fraude. Indien een toezichthouder bewust misleid is door de onder toezicht gestelde, zal die toezichthouder dat feit als verweer kunnen aanvoeren jegens de derde. Er zal dan niet gezegd kunnen worden dat er onzorgvuldig gehandeld werd, gesteld natuurlijk dat een redelijk handelend toezichthouder de fraude niet had behoeven te onderkennen.
 - 2 De §§ 2-4 hierna zijn in een eerdere, minder uitvoerige versie gepubliceerd in Giesen 2003, p. 319-334. De wijzigingen nadien betreffen (rechtsvergelijkende) aanvullingen die, zo blijkt, de kern van de redenering niet aantasten of wijzigen.
 - 3 Zie § II.2.2 en § V.4.3.

er vuurwapens in het spel zouden kunnen zijn. Men wilde de daders op heterdaad betrappen. Het nalaten het slachtoffer van de overval te beschermen of ten minste te waarschuwen, leidde tot aansprakelijkheid van de Staat.⁴ Voorzover er hier sprake was van een toezichtstaak (toezicht op veiligheid van de burgers), was er ook sprake van concreet toezichtsfalen.

2.2 Concretere invulling

2.2.1 Wettelijke taken en bevoegdheden en het doel van toezicht

Waartoe de invulling van de zorgvuldigheidsnorm verder leidt, kan van geval tot geval verschillen, maar het lijkt niet onverstandig om te dien aanzien in de eerste plaats aan te sluiten bij de eerder (§ II.2.2) beschreven indeling in drie hoofdtaken van een toezichthouder: informatie verzamelen, beoordelen, en ingrijpen. Per taak kan dan wellicht aangegeven worden of er op dat vlak een tekortkoming kan worden geconstateerd, hetgeen ook in verband met de verdere beoordeling van het geval relevant kan zijn.⁵

Daarnaast zal de verdere invulling van de norm binnen die drie hoofdtaken sterk gebonden zijn aan de specifieke wettelijke taken en bevoegdheden die de betreffende toezichthouder mocht uitoefenen of had moeten uitoefenen, indien ten minste zo'n specifieke bevoegdheid gegeven is. De bevoegdheden waarmee en waarbinnen het toezicht wordt uitgeoefend en uitgeoefend moet worden, bepalen ook mede hoe het toezicht kan falen.⁶ Omdat in dit onderzoek een groot aantal verschillende toezichthouders besproken wordt, kan ik hier niet specifiek ingaan op al die wettelijke taken en bevoegdheden van al die diverse toezichthouders. Ik ga dat dan ook niet doen.⁷ Wel wijs ik er met klem op dat bij de beoordeling van de vraag of er onrechtmatig gehandeld werd door een toezichthouder, de aandacht in eerste instantie gericht moet zijn op het bepalen om welke wettelijke taken en bevoegdheden het eventueel ging.

Verder kan voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm ook nog specifiek bij de doeleinden van dat toezicht aangesloten worden. Daarbij speelt dan weer mee dat er vaak meerdere belangen gediend worden, die van het publiek in algemene zin en

4 Zie Hof Den Haag 9-12-1976, NJ 1977, 381 (Maat/Staat).

5 Het antwoord op de causaliteitsvraag zal immers verschillen al naar gelang het gemaakte verwijt (de onzorgvuldige handeling) verschilt. Over causaal verband en toezicht verder Van Dam 2002, p. 58 e.v. en § X.3 en XII.3.2 hierna.

6 Over het belang van bevoegdheden ook Van Rossum 2001, p. 18-19. Vgl. in dit kader ook Rb. Utrecht 12-5-1950, NJ 1951, 278 (De Auto Onderlinge/Vereniging tot Christelijk hulpbetoon aan Blinden) (vereniging die huisvesting en arbeid aan blinden verschaft, is niet verplicht ervoor te zorgen dat de blinden niet zonder begeleiding de straat op gaan).

7 Zie voor een lijst van bevoegdheden van financiële toezichthouders bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2003/04, 28 122, nr. 19, p. 5-6; Van Dijk, NTBR 2003, p. 191, en Schilder/Nuijts 2004, p. 89, die op p. 88 ook nog apart aandacht besteden aan het 'stevig gesprek' als instrument om toezicht uit te oefenen.

die van de onder toezicht gestelde. Die kwestie raakt aan de notie van het toezicht-houderdilemma waar ik later nog nader op in ga (§ 3).⁸

2.2.2 Kelderluik-factoren

Voorzover er geen heldere wettelijke regels voorhanden zijn waaruit, bij schending van die regels, de eventuele aansprakelijkheid als het ware ‘vanzelf’ voortvloeit,⁹ zal bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm voor de redelijk handelend toezichthouder gevraagd worden of die toezichthouder anders handelde dan hij met het oog op de belangen van de ander, in dit geval de derde, had behoren te doen.¹⁰

Daarbij moet natuurlijk in de eerste plaats acht geslagen worden op de *Kelderluik*-factoren,¹¹ zeker in de gevallen waarin het gaat om gevaarstelling en (het voorkomen van) letselschade.¹² Sterker nog, het geval van het openstaande kelderluik zou op zichzelf ook opgevat kunnen worden als een geval van onvoldoende toezicht (op het openstaande luik in het café en de gevaren daarvan), maar dan wel als een geval van onvoldoende toezicht door de caféhouder, want de medewerker van Coca-Cola die het luik open gezet heeft, zal als primaire dader hebben te gelden.

Op basis van die *Kelderluik*-factoren is in elk geval van mogelijke aansprakelijkheid een afweging nodig van de aard en ernst van het gevaar, de te verwachten schade, de grootte van de kans dat die schade zich verwezenlijkt, de voorzienbaarheid van de schade en de kosten van voorzorgsmaatregelen. Daarnaast zal ook de eventueel aanwezige ‘beleidsvrijheid’ of ‘discretionaire’ bevoegdheid van de toezichthouder een rol kunnen spelen bij de vraag of aan de maatstaf van een ‘redelijk handelend

8 Schilder/Nuijts 2004, p. 72-73. Aansluitend bij de nog te bespreken *Kelderluik*-factoren, komen zij dan tot een opsomming van zes factoren die de beoordeling van het optreden van de toezichthouder bepalen (was de toezichthouder op de hoogte?; was ingrijpen nodig en had dat prioriteit?; wordt het vertrouwen niet teveel aangetast?; is handhaving wel een remedie?; ontstaat er een toezichthouderdilemma?; de toezichthouder hoeft nooit ondernemer te zijn).

9 Vgl. Hartlief, NTBR 2002, p. 461. Voorzover er heldere regels bestaan over wat een toezichthouder zou of had moeten doen, zal de aansprakelijkheidsvraag op basis daarvan redelijk eenvoudig beantwoord kunnen worden. Omdat veel regels echter betrekking zullen hebben op bevoegdheden van toezichthouders, zal de discussie vaak (opnieuw) gaan over de vraag of die bevoegdheid terecht of niet terecht of onvoldoende is benut, zodat eenvoudige antwoorden mijns inziens schaars zullen zijn.

10 Vgl. HR 30-9-1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell).

11 Zie HR 5-11-1965, NJ 1966, 136 nt. GJS (Kelderluik), alsmede het recente arrest waarin de *Kelderluik*-factoren werden toegepast, HR 29-9-2003, NJ 2003, 660, waarover Giesen, AV&S 2004, p. 36-37. Van Dijk, NTBR 2003, p. 192, en Alders, NTB 2004, p. 207, zoeken ook aansluiting bij deze factoren, net zoals dat gebeurde in de *Enschede*-zaak, zie Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede), r.o. 3.1.2.

12 Naar Engels recht worden dezelfde factoren ook benut om de afweging te kunnen maken nadat vastgesteld is dat er een ‘duty of care’ bestaat, zie *Tomlinson v. Congleton Borough Council* [2003] UKHL 47, onder nr. 34 en 37.

toezichthouder' is voldaan.¹³ Bij de bepaling van de vereiste mate van zorgvuldigheid, zal derhalve ook steeds de mogelijkheid en slagingskans van alternatieve handelwijzen gewogen moeten worden.¹⁴ Bij dit alles dient overigens steeds bedacht te worden dat er eigenlijk altijd een zekere mate van 'beleidsvrijheid' bestaat voor een toezichthouder, omdat de gemiddelde toezichthouder nu eenmaal niet alles en iedereen constant in de gaten zal kunnen houden en dus noodgedwongen keuzes zal moeten maken.¹⁵ Dit alles wil echter niet zeggen dat er slechts 'marginaal', en dus niet volledig, getoetst zou moeten of mogen worden of er onzorgvuldig gehandeld is, zoals wel bepleit wordt voor de aansprakelijkheid van overheidsorganen.¹⁶

2.2.3 Algemeen of concreet toezichtsfalen en handhavingsplichten

Toezichtsfalen kan nader ingedeeld worden,¹⁷ zo kondigde zich al aan in § II.2.2, in *concreet* en *algemeen* toezichtsfalen, afhankelijk van de vraag of er concrete aanwijzingen van (neutraal geformuleerd) 'onregelmatigheden' bestonden waarmee niets of te weinig gedaan is, of dat enkel de algemene controle tekort is geschoten.¹⁸ Of er sprake is of zou kunnen zijn van concreet toezichtsfalen, wordt mede bepaald door de concrete 'nabijheid' van het slachtoffer ten opzichte van de toezichthouder.¹⁹

13 Zie ook Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1679; Van Dam 2002, m.n. p. 51 e.v.; Van Dijk, NTBR 2003, p. 192-193; Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or), r.o. 7.5. De mate van beleidsvrijheid wordt overigens weer bepaald door de wettelijke taakomschrijving, zie Van Hall, NTBR 2002, p. 414.

14 Omdat de toezichthouder soms enkel een keuze uit twee kwaden heeft, kan hier het zogenaamde 'toezichthouderdilemma' nog een rol spelen. Zie hierna § 3; Van Rossum 2001, p. 22-23; Giesen, AV&S 2002, p. 108.

15 Giesen, AV&S 2002, p. 103. Zo ook Schilder/Nuijts 2004, p. 72 en Vzng. Rb. Zutphen 12-8-2003, NJ 2004, 260 (B./Zutphen).

16 Nader over die beleidsvrijheid § V.4; Van Dam 2002, p. 51-52; Vermeer, JBplus 2001/2, p. 80; Van Dijk, NTBR 2003, p. 193, en Van Rossum 2001, p. 20-21, die er terecht op wijst dat hier, net zoals bij beroepsbeoefenaren (zie HR 9-11-1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), en Giesen 1999, p. 14), 'vol' getoetst moet worden. Zo ook Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or), r.o. 7.5, en Wynant, RW 2003-2004, p. 1574. Ten aanzien van waterschappen wordt er overigens ook 'vol' getoetst, zie HR 9-11-2001, NJ 2002, 446 nt. CJHB (Van den Berg/De Oude Rijnstromen); Van Hall, NTBR 2002, p. 414 en p. 415, en Van Dijk, NTBR 2003, p. 193 (noot 64). Anders nog: Haan-Kamminga 2003.

17 Naast de hier gepresenteerde indeling kan ook nog, waar het om de overheid gaat, het zogenaamde regelgevingsfalen worden onderscheiden. Daarvoor zal de overheid niet snel aansprakelijkheid zijn. Zie uitvoerig hierover Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1678, en vgl. tevens Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede), r.o. 3.2.1. en 3.2.6., en HR 21-3-2003, NJ 2003, 691 nt. TK (Waterpakt/Staat).

18 Zie over dat onderscheid Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1676 en 1679 (hieraan is deze paragraaf ontleend), en Van Rossum 2001, p. 26; Giesen, AV&S 2002, p. 103; Onrechtmatige Daad VIII.6 (Bauw), aant. 14; Barendrecht, NJB 2003, p. 957; Wynant, RW 2003-2004, p. 1574; Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede), r.o. 3.5.2, en § 2.4.2 hierna. Zie ook nog K. v. the Secretary of State for the Home Department [2002] EWCA Civ 775, nr. 29: de gedaagde is geen verzekeraar tegen ernstige gevaren waar dat gevaar 'general' is.

19 Vgl. Van Dam 2000, nr. 1606. Uiteraard leun ik hier sterk op het Engelse vereiste van 'proximity'.

Een voorbeeld ter verduidelijking. De politie heeft tot taak de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven (art. 2 Politiewet). Wordt iemand 's avonds in een donkere steeg gemolesteerd, dan lijkt het onwaarschijnlijk dat de enkele afwezigheid van de politie op dat tijdstip als een jegens die persoon gepleegd toerekenbaar onrechtmatig nalaten kan worden gekwalificeerd.²⁰ Het nalaten van algemene controle – *algemeen toezichtsfalen* – vormt niet snel een onrechtmatige daad.

Dit kan ook worden geïllustreerd aan de hand van het arrest inzake *restaurant Boeddha*.²¹ Het ging in die zaak om een ernstige restaurantbrand, waarvoor onder meer de gemeente Hilversum als zijdelingse laedens aansprakelijk werd gesteld. De gemeente had in de vijf jaren voorafgaande aan de brand geen brandpreventiecontrole bij het betreffende restaurant uitgevoerd (omdat andere zaken prioriteit hadden), maar de gemeente had anderzijds de laatste controle zorgvuldig uitgevoerd en had geen aanleiding te veronderstellen dat sindsdien relevante risicoverzwarende wijzigingen in het gebouw waren aangebracht. Gegeven het feit dat er volgens de toen geldende regels geen controleplicht bestond, had de gemeente volgens het Hof geen onrechtmatige daad gepleegd (gelegen in het nalaten spontaan te controleren) jegens de benadeelde restaurantbezoekers.²²

Er bestaat dus geen spontane controleplicht in civielrechtelijke zin. Maar, om terug te keren naar het donkere steegje, als de politie een concrete melding van het voorval krijgt, en zij besluit bijvoorbeeld om redenen van prioritering geen gehoor aan de oproep te geven, dan liggen de kaarten naar mijn mening anders. Indien al een waterschap dat een concrete klacht krijgt over een te hoog waterpeil, daar (adequaat) op dient te reageren,²³ dan geldt dat zeker voor de politie die een melding van een geweldsmisdrijf krijgt. Het nalaten te handelen op basis van concrete aanwijzingen van (in dit geval) wetsschending door een derde – *concreet toezichtsfalen* – vormt dan in beginsel wel een onrechtmatige daad.²⁴

20 Zie voor wat betreft bescherming tegen zaakschade bijvoorbeeld HR 19-11-1999, NJ 2000, 234 nt. ARB (Waterschap De Dommel): een waterschap heeft de wettelijke zorgtaak met betrekking tot de waterhuishouding (art. 1 Waterschapswet). Maar dat betekent niet zij droge voeten kunnen garanderen; er is beleidsvrijheid ten aanzien van de uitvoering van de taak, waarbij de beperkte financiële middelen mede een rol spelen.

21 Hof Amsterdam 22 april 1999, te kennen uit HR 22 juni 2001, C99/265, Gst. 2001, 7146, 2 nt. HH. Zie hierover ook Alders, NTB 2004, p. 203.

22 Dit leid ik af uit de samenvatting in de conclusie van A-G Spier.

23 HR 8-1-1999, NJ 1999, 319 nt. ARB (Waterschap West-Friesland/Kaagman). Eventuele communicatiebreken binnen de overheidsorganisatie komen overigens voor eigen risico (zie HR 9-1-1998, NJ 1998, 586 nt. MMM (Van Dam/Rabobank Gorredijk Jubbega)), zodat bijvoorbeeld wetenschap van wetsovertreding bij de ambtenaar belast met brandpreventie, heeft te gelden als de wetenschap van de gemeente.

24 Vgl. EHRM 3 april 2001, NJB 2001, p. 1086-1087, nr. 24 (Keenan/VK), inzake de soms bestaande plicht om preventief op te treden ter bescherming van iemands leven (art. 2 EVRM, zie Giesen 2004, p. 24, en § IV.3.9), waarbij van belang is of de autoriteiten wisten van het onmiddellijke gevaar en de redelijkerwijs te verwachten maatregelen (toch) achterweg bleven, en de noot van Hennekens onder HR 22 juni 2001, C99/265, Gst. 2001, 7146, 2, op p. 402. Vgl.

Er is dus een verschil tussen spontaan en in algemene zin controleren op naleving enerzijds, en het afdaan op concrete aanwijzingen voor niet-naleving anderzijds. Wetenschap van een concrete schending verplicht tot het gebruik van de bestaande wettelijke bevoegdheden. Dat lijkt eens te meer te volgen uit de bestuursrechtelijke ontwikkelingen op het vlak van de 'beginselplicht' tot handhaving. Van oudsher wordt geleerd dat er geen straf-, civiel- of bestuursrechtelijke verplichting tot handhaving van regelgeving bestaat. Maar tegenwoordig wordt er meer en meer gesproken over een 'beginselplicht tot handhaving'.²⁵ Hoewel de 'hardheid' van deze beginselplicht niet onbetwist is, omdat gemotiveerde afwijking lijkt te zijn toegestaan en het bestuursorgaan bovendien altijd verplicht is om de bij de uitoefening van de handhavingsbevoegdheid betrokken belangen af te wegen,²⁶ kan op deelreinen wel van een 'harde' handhavingsplicht worden gesproken, zoals ten aanzien van communautaire regelgeving²⁷ en in die gevallen waarin de wet expliciet een dergelijke plicht oplegt.²⁸

Een dergelijke harde handhavingsplicht zou naar mijn mening ook moeten gelden ten aanzien van regelgeving ter voorkoming van gevaarzettende situaties.²⁹ Weliswaar staat voorop dat als de wet niet tot controleren verplicht, het niet-controleren als zodanig niet reeds onrechtmatig kan zijn, maar als het betreffende overheidslichaam bekend is met een concrete (dreiging van) niet-naleving, of als er sterke aanwijzingen zijn die bij de overheid het vermoeden van niet-naleving (moeten) doen rijzen, dan is actief toezicht en eventueel ingrijpen met gebruikmaking van de bestaande bevoegdheden in beginsel vereist.³⁰ Stilzitten is dan al snel onrechtmatig nalaten; alle hand-

tevens Van Dijk, NTBR 2003, p. 193, en Schilder/Nuijts 2004, p. 74. Terughoudend in deze: Jurgens, NJB 2000, p. 1281.

25 Zie uit de rechtspraak bijvoorbeeld Afd. bestuursrechtspraak RvS 2 februari 1998, AB 1998, 181 nt. FM; Afd. bestuursrechtspraak RvS 18 juni 1998, AB 1999, 28 nt. J. Struiksmā; Afd. bestuursrechtspraak RvS 12 februari 1999, AB 1999, 321 nt. JSt. Nader over een en ander Van Buuren c.s. 1999, p. 111 e.v., en Van Setten 2004, p. 14 e.v.; Alders, NTB 2004, p. 206. Vgl. ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25 085, nr. 1-2 (Nota 'Gedogen in Nederland'), p. 13, en Van Dam 2002, p. 56-57.

26 Afd. bestuursrechtspraak RvS 15 juli 1999, AB 2000, 141 nt. GJ.

27 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 085, nr. 1-2, p. 25-26.

28 Ten aanzien van overtreding van milieuvorschriften kan bijvoorbeeld worden gewezen op de handhavingsplicht van art. 18.2 Wet milieubeheer.

29 Zo ook Alders, NTB 2004, p. 206, en Van Dam 2002, p. 44 e.v., met name op p. 49, die voldoende gronden ziet voor aanvaarding van een ongeschreven handhavingsplicht. In deze richting beweegt zich ook het maatschappelijke debat naar aanleiding van met name de Volendam-ramp. Zie Polak/Versteden 2001, p. 48. Vgl. ook het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het onderzoek van de Commissie-Oosting, *Kamerstukken II 2000/01*, 27.157, nr. 20, p. 20, en voordien al *Kamerstukken II 1996/97*, 25 085, nr. 1-2, p. 15.

30 Polak/Versteden 2001, p. 30. Vgl. ook Lawson 2001, p. 279 en p. 281-282. Deze plicht om in te grijpen geldt eventueel niet indien de al besproken afweging van de *Kelderluik*-factoren (bijvoorbeeld in verband met de kosten) tot een andere uitkomst zou leiden. Of de genoemde bekendheid aanwezig is of geacht moet worden aanwezig te zijn, is afhankelijk van de gegeven omstandigheden, waarbij ook de eerder uitgevoerde algemene controles een rol zullen spelen.

havingsregisters moeten worden opengezet.³¹ Dat heeft in het bijzonder betekenis voor bestuurlijk gedogen van (bekende) gevaarzettende situaties: bestuurlijk gedogen van niet-naleving van een wettelijk voorschrift dat beoogt te beschermen tegen gezondheidsschade – ofwel het willens en wetens in stand laten van een gevaarzettende situatie – levert een toerekenbare onrechtmatige daad jegens eventuele slachtoffers op.

Wat er verder overigens zij van die handhavingsplicht, in elk geval staat overeind dat in een geval van concreet toezichtsfalen de aansprakelijkheid van een toezichthouder eerder voor de hand ligt dan in het geval van algemeen toezichtsfalen. Dat ligt dan uiteraard opnieuw hieraan dat een toezichthouder niet op alles en iedereen tegelijkertijd kan letten en dus keuzes moet maken. Met name bij algemeen toezicht zal het (moeten) maken van dergelijke keuzes een rol spelen en kan een verkeerde keuze niet meteen aan de toezichthouder toegerekend worden. Hoe dergelijke keuzes zouden kunnen uitpakken, kan getoond worden door de algemene lijn zoals hiervoor geschetst, op concrete gevallen toe te passen.

2.3 *De invulling van de norm in een aantal (letselschade)gevallen uit de rechtspraak*

2.3.1 *Inleiding*

Als wij vervolgens nagaan hoe er tot nu toe in de (lagere) rechtspraak wordt omgegaan met gevallen waarin toezichthouders, ook als ze wellicht niet als zodanig aangeduid worden, aansprakelijk worden gesteld in verband met letselschade bij het slachtoffer,³² dan komen wij onder andere de volgende gevallen tegen. Ik merk daarbij overigens met nadruk op dat het navolgende overzicht niet pretendeert een volledig beeld van de (lagere) rechtspraak te geven.

31 Vgl. Polak/Versteden 2001, p. 27-28. Zie over al dan niet handhaven ook Schilder/Nuijts 2004, p. 74. Dit pleit er voor om bij de bestuursrechterlijke toetsing van handhavingsbeslissingen, waar het gaat om gevaren voor gezondheidsschade, met meer terughoudendheid te kijken naar in het verleden gewekt vertrouwen bij de betreffende ondernemer. Het rechterlijk honoreren van dat vertrouwen lijkt namelijk een van de factoren te zijn die continuering van de methode van gedogen (en legaliseren) in de hand werkt; zie Polak/Versteden 2001, p. 29 en p. 48.

32 Gevallen van falend financieel toezicht (en dus geen letselschade) worden in § 2.3.10 kort besproken. Ik ga hier niet verder in op het specifieke geval van falend toezicht door de overheid (met name Gemeenten en Provincies) in verband met bijvoorbeeld vergunningverleningen, zie daarover Onrechtmatige Daad VIII.6 (Bouw), aant. 14; Alders, NTB 2004, p. 201 e.v., en hiervoor § V.3 en V.5. Alders (NTB 2004, p. 206-208) komt overigens tot een vergaande aansprakelijkheid, althans een verhoogde zorgplicht omdat toezicht door de overheid juist de veiligheid van burgers zou moeten garanderen. Voor de gevallen van bouw- en woningtoezicht, zie Onrechtmatige Daad VIII.2 (Lindenbergh), aant. 29; Hof Amsterdam 9-8-1990, BR 1991, 308 nt. Moesker (Sterkenburg/Sasse) en de noot van Moesker onder Hof Den Haag 7-2-1989, BR 1989, 637 (Woudrichem).

2.3.2 Scholen

Een vordering in verband met het beweerdelijk onzorgvuldig uitoefenen van toezicht, was aan de orde in het geval waarin een school werd aangesproken in verband met het letsel (geamputeerde vinger) van een leerling, de kleuter Naomi. Zij verloor haar vinger doordat die bekneld raakte tussen een stalen deur. Dit gebeurde tijdens het speelkwartier doordat de deur van buiten door een groep andere kinderen werd tegengehouden terwijl Naomi trachtte de deur te openen. Er was op dat moment 1 leerkracht op het plein aanwezig. Deze leerkracht hield toezicht op ongeveer 100 kinderen. Op het moment van het ongeval bevond de leerkracht zich aan de overkant van het plein en kon deze niet het hele plein overzien. Door slechts één leerkracht in te zitten heeft de school nagelaten die extra maatregelen te treffen die in het kader van het toezicht nodig waren en dus onzorgvuldig gehandeld, aldus de rechtbank.³³

Mede in verband met deze redelijk zware zorgvuldigheidsnorm (op onderwijzers rust een bijzondere zorgplicht ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen)³⁴ zijn onderwijsinstellingen in Nederland behoorlijk aantrekkelijke gedaagden, zo blijkt ook uit de vrij ruime beschikbaarheid van uitspraken.³⁵ Maar dat wil geenszins zeggen dat het aanspreken van een school steeds succesvol is,³⁶ want die

33 Zie Rb. Zwolle 27-1-1999, VR 2000, 26 (Bijlefeld/Vereniging van Scholen met de Bijbel voor Basisonderwijs in de Noordoostpolder).

34 Zie Rb. Alkmaar 19-8-1982 en 9-6-1983, NJ 1984, 215 (Geervliet/Staat).

35 Naast de hiervoor genoemde uitspraken kan op de volgende voorbeelden van veroordelende uitspraken jegens scholen of hun leerkrachten gewezen worden: HR 14-6-1985, NJ 1985, 736 (Smit/Brevoord) (gymnastiekleraar volgens hof aansprakelijk voor ongeval met trampoline, HR laat dat oordeel in stand); Hof Den Bosch 15-4-1992, NJ 1994, 760 (Derwig/Katholiek Voortgezet Onderwijs Maastricht) (leerling neemt na open dag chemicaliën mee naar huis, deze ontploffen, school voor 80% aansprakelijk); Hof Amsterdam 17-7-1997, VR 1998, 187 (Spelhofen/Timmer en VCO) (onvoldoende aandacht besteedt aan hulpmiddelen bij landing en opvang bij hoogspringoefening); Hof Arnhem 30-11-1999, VR 2000, 157 (NOP/Rietel) (onvoldoende (kosteloze) beveiliging aangebracht bij hindernisbaan tijdens gymnastiekles); Rb. Arnhem 28-7-1994, VR 1995, 100 (Van den Berg/Nebo) (letsel door ongeval tijdens zaal hockey terwijl sportleraar ook twee andere ruimten onder toezicht had). Zie verder Van Dam 2000, nr. 1408 en 1506; Onrechtmatige Daad (Oldenhuis), Art. 169, aant. 58b en Onrechtmatige Daad VIII.4 (Lindenbergh), aant. 19.

36 De aansprakelijkheid van de school werd afgewezen in: Hof Den Bosch 7-9-2000, NJ 2001, 577 (VVAA/Nutsschool-Oost) (surveilleren op speelplaats met twee rondlopende docenten is verantwoord, ook als delen van en naast de speelplaats niet steeds zichtbaar zijn), en Rb. Alkmaar 19-8-1982 en 9-6-1983, NJ 1984, 215 (Geervliet/Staat) (school niet aansprakelijk voor ongeval (duiken in ondiep water) tijdens zwemles, de zwembadexploitant wel aansprakelijk gehouden). In HR 23-5-1975, NJ 1976, 24 (Post/Rotterdam) werd de uitspraak van het hof vernietigd omdat onvoldoende gemotiveerd was dat de leerkracht er geen rekening mee had moeten houden dat leerlingen zonder waarschuwing in het ondiepe water zouden duiken. Zie verder nog Onrechtmatige Daad (Oldenhuis), Art. 169, aant. 58b en Onrechtmatige Daad VIII.4 (Lindenbergh), aant. 19, en Rb. Arnhem 10-12-2003, NJF 2004, 207 (S./Rheden) (toestaan van voetballen op schoolplein niet onrechtmatig jegens derde).

bijzondere zorgplicht van onderwijzers betekent niet dat de leerkracht op elk kind direct toezicht moet houden.³⁷

Ongevallen op Nederlandse scholen roepen dus vragen van toezicht op, zoals wij zagen. Naar *Duits* recht is dat in mindere mate het geval omdat die gevallen afgewikkeld worden via het systeem van de ‘Unfallversicherung’ (het sociale zekerheidsrecht), waardoor civielrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel uitgesloten is. De hele kwestie van toezicht blijft dan buiten beeld.³⁸ Naar *Engels* recht rust op een school in elk geval de plicht om op het fysieke welzijn van de leerling toe te zien, en onder bijzondere omstandigheden dient ook op de onderwijskundige noden (heeft iemand speciale voorzieningen nodig?) gelet te worden.³⁹

In *Frankrijk* zijn er aparte regels ontwikkeld voor onderwijzers (eigenlijk: de Staat in plaats van de onderwijzer in persoon) in de publieke sector. Deze zijn neergelegd in art. 1384 al. 6 en al. 8 Cc en in een speciale wet van 5 april 1937. De regeling komt er kort gezegd op neer dat er een ‘faute’ bewezen moet worden, wil aansprakelijkheid aangenomen kunnen worden. Art. 1384 al. 1 Cc, de aansprakelijkheid wegens een ‘fait d’autrui’, is dan niet toepasselijk.⁴⁰ Of die regeling wel geldt ten opzichte van de school als organisatie, zeker als dit een privé-school is, is nog niet uitgekristalliseerd.⁴¹

2.3.3 Sportverenigingen

Naast de eventuele aansprakelijkheid van scholen, staan de nauw eraan verwante gevallen (zeker ten opzichte van ongevallen tijdens gymnastiek- of zwemles) waarin sportverenigingen schadevergoedingsvorderingen op zich af zien komen. De rechtspraak lijkt ook hier streng te zijn.⁴² Bekend in dit verband is natuurlijk het *Turnster*-arrest waarin geoordeeld werd dat een turnvereniging bijzondere voorzorgsmaatregelen

37 Zie expliciet Vzng. Rb. Zutphen 12-8-2003, NJ 2004, 260 (B./Zutphen).

38 Zie Ebers, NJW 2003, p. 2655 e.v. Daarnaast is enkel nog § 839, de ‘Amtshaftung’, van belang, vgl. Münch.Komm (Stein) 1997, § 832, Rdn. 6 en 21.

39 Zie uitvoerig Fairgrieve, P.L. 2002, p. 288 e.v., m.n. p. 291, alsmede Wright, OJLS 1998, p. 28, en inzake het fysieke welzijn *Van Oppen v. Clerk to the Bedford Charity Trustees* [1989] 3 All ER 389, op p. 401.

40 Zie Terré/Simler/Lequette 1999, no. 805 e.v.; Viney/Jourdain 1998, no. 897 e.v.; Code Civil 2003, art. 1384, no. 98 e.v., en over de regeling inzake het ‘fait d’autrui’ ook § VII.2.2.1 hiervoor. Overigens is men vaak zo soepel met het aannemen van een fout, zie bijvoorbeeld Cass. 2e civ., 23 octobre 2003, D. 2004, Jur. 728 note Petit en Dagorne-Labbe, en vgl. Viney/Jourdain 1998, no. 901, dat er voor gepleit wordt om ook hier een risicoaansprakelijkheid te accepteren, zie de noot van Dagorne-Labbe onder het net genoemde arrest. Viney/Jourdain 1998, no. 919, pleiten ervoor aan te sluiten bij de aansprakelijkheid wegens een ‘fait d’autrui’.

41 Zie nader Viney/Jourdain 1998, no. 925. De vraag hierbij is in hoeverre de school in staat is het leven van de leerling te controleren.

42 Zie ook Spier (Van Maanen) 2003, nr. 49 in fine., alsmede Hof Arnhem 14-3-2000, NJ 2002, 289 (Kirsty P./K. en KNGB) waarin beslist werd dat er ook aandacht geschonken moet worden aan blessures die de turnsters niet melden, en Rb. Arnhem 8-7-1994, VR 1995, 100 (Van den Berg/Nebo) waarin bepaald werd dat bij zaal hockey tijdens de gymles voortdurend toezicht nodig is. Zie verder nog Onrechtmatige Daad VIII.5 (Lindenbergh), aant. 9 (organisator) en 10 (trainer).

moet nemen om de veiligheid van de deelnemers te waarborgen als een bepaald risico, zoals een val, niet altijd te voorkomen is.⁴³ Dit is overigens geen geval van toezicht in de eerder (in § II.2.3) beschreven eerste zin waarin er een duidelijk verschillende T, S én D te ontwaren is. Immers, het slachtoffer (S) en de primaire dader (D) vallen hier samen, zijn één persoon. Er is echter naast deze persoon nog een betrokkene (T) die duidelijk een controlerende functie heeft, zodat de situatie toch voldoende op die van toezicht lijkt. Aldaar bleek al dat dergelijke gevallen (in elk geval vooralsnog) toch als gevallen van toezicht beschouwd worden.⁴⁴

Minder bekend, maar wel een echt geval van toezicht, is dat van de rugbyvereniging en de trainer die aansprakelijk werden gesteld voor de dwarslaesie die een van de spelers (S) van de eigen vereniging opliep nadat deze onervaren speler op de gevaarlijke eerste rij van de 'scrum' werd opgesteld en vol onder de kin geraakt werd door een tegenstander (D).⁴⁵ De aansprakelijkheid van sportverenigingen is echter niet absoluut. Een trainer hoeft bijvoorbeeld geen toezicht uit te oefenen op die jongens die niet bij de door hem gegeven training betrokken zijn, bijvoorbeeld omdat hun training pas later begint.⁴⁶

Rugbyverenigingen in *Frankrijk* dienen een goede verzekering af te sluiten. Een belangrijk terrein waarop de vrij nieuwe, en qua aansprakelijkheid strenge leer van het 'fait d'autrui' zich namelijk begeeft, is dat van de rugbyverenigingen. Deze zijn aansprakelijk voor de schade die een deelnemer aan het spel leidt door het handelen van een lid van de aangesproken vereniging. Daarbij geldt dan wel, zo bleek al in § VII.2.2.1, dat de deelnemer die de schade toebrengt, hoewel die persoon als zodanig niet identificeerbaar hoeft te zijn, een 'faute' gemaakt moet hebben. Het betreft dan een fout die zich kenmerkt door een overtreding van de spelregels en die toerekenbaar is aan een der deelnemers.⁴⁷

De bakermat van het rugbyspel ligt in *Engeland*. Inmiddels is men daar nog een stap verder gegaan en heeft een gewond geraakte speler, met succes, een scheidsrechter, toezichthouder bij uitstek, aangesproken, tegelijk met de Rugbybond van Wales.

43 HR 6-10-1995, NJ 1998, 190 nt. CJHB (Turnster).

44 Eenzelfde verhouding waarbij 'S' tevens 'D' was, deed zich ook voor in Hof Arnhem 14-3-2000, NJ 2002, 289 (Kirsty P./K. en KNGB), waarin het ook om een turnster ging, en in Hof Den Bosch 22-7-2003, NJ 2004, 367 (MON/S.): in dat geval werd de organisator van een motorcross aangesproken door een ten geval gekomen deelnemer die bij die val met een hard voorwerp in aanraking kwam; dat laatste had voorkomen moeten worden.

45 Rb. Den Haag 28-10-1998, VR 2000, 156 (Van der Meijden/Haagse Rugby Club).

46 Zie Rb. Alkmaar 21-9-1967, NJ 1968, 128 (Houtenbos/Egmondia). Zie ook Rb. Amsterdam 17-5-1995, VR 1997, 105 (De V./Z.), waarin een ervaren klimmer aansprakelijk werd gehouden ten opzichte van een onervaren klimmer nadat de ervaren klimmer de onervaren persoon 20-25 meter liet afdalen via een verkeerd soort touw en touwlus. In zo'n geval zijn D en T een en dezelfde persoon en dus is er geen sprake van toezicht in de zin zoals beschreven in § II.2.3.

47 Zie Cass. 2e civ., 20 novembre 2003, D. 2004, Jur. 300 nt. Bouché. Dat met name rugbyverenigingen hieronder zouden kunnen vallen, was overigens al eerder bekend, zie de verwijzingen in de noot van Bouché op p. 301. Vgl. verder Galand-Carval 2003, p. 92, die deze rechtspraak ook bij andere sporten (voetbal) toepasselijk acht.

De rechter besliste dat het ‘fair, just and reasonable’⁴⁸ was om een ‘duty’ van de scheidsrechter ten opzichte van de speler aan te nemen, en bovendien werd beslist dat die plicht geschonden was. De reden voor het aanvaarden van deze plicht was dat de spelers erop vertrouwen dat de scheidsrechter ten behoeve van hun veiligheid de regels met gepaste zorgvuldigheid toepast en handhaaft.⁴⁹

2.3.4 Psychiatrische instellingen en therapeuten

Archetypische voorbeelden van toezicht zijn die gevallen waarin een psychiatrische inrichting aansprakelijk wordt gesteld vanwege de schade die een van de patiënten van de inrichting toebrengt aan (zichzelf, met alle mogelijke gevolgen voor een derde,⁵⁰ of direct aan) een derde. Daarbij gaat het niet altijd om letselschade, maar dat zou zeer wel het geval kunnen zijn.⁵¹ Uit deze gevallen valt mijns inziens af te leiden dat er een vrij strenge (zware) zorgplicht bestaat, zeker als de patiënt al eerder weggelopen was zodat de inrichting gewaarschuwd was of had moeten zijn.⁵² Bovendien dient er een goed en zorgvuldig uitgewerkt beleid te zijn inzake de omgang met suïcidale patiënten.⁵³

Eerder besprak ik al de *Tarasoff*-zaak, het geval dat zich afspeelde in de *Verenigde Staten van Amerika* waarin de therapeut geen waarschuwing deed uitgaan dat diens patiënt van plan was iemand te vermoorden.⁵⁴ Een soortgelijk geval speelde in

48 Het gaat hier uiteraard om het derde vereiste om tot een ‘duty’ te kunnen komen, zoals neergelegd in *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 1 All ER 568. Zie nader Giesen 1999, p. 9-10; Markesinis & Deakin 1999, p. 83; Lunney/Oliphant 2003, p. 119 e.v.

49 Zie *Vowles v. Evans* [2003] 1 W.L.R. 1607, en daarover Elvin, LQR 2003, p. 560 e.v. Men is bang dat deze rechtspraak ook zal overslaan naar andere contactsporten, zoals voetbal.

50 Zie Rb. Breda 20-6-2002, NJ 2003, 234 (Grootouders van Nick/Tweesteden Ziekenhuis), waarin de grootouders de kosten van gedeerd levensonderhoud voor hun kleinzoon claimen omdat het ziekenhuis de zelfmoord van de moeder van Nick niet heeft tegengegaan door falend toezicht.

51 Zie vooral HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 nt. JdB (‘t Ruige Veld/Univé), en verder de casus die ten grondslag lag aan HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 nt. CJHB (St. Willibrord/V.), alsmede Van Dam 2000, nr. 1409 en 1512; Onrechtmatige Daad VIII.4 (Lindenbergh), aant. 19., en de rechtspraak die hierna nog genoemd wordt.

52 Zie bijvoorbeeld HR 12-5-1995, NJ 1996, 118 nt. JdB (‘t Ruige Veld/Univé) en HR 16-6-2000, NJ 2000, 584 nt. CJHB (St. Willibrord/V.), en verder Van Dam 2000, nr. 1409. Vgl. tevens nog HR 6-1-1989, NJ 1989, 283 (X./Sint Elisabeth’s of Grootte Gasthuis) en Hof Leeuwarden 5-6-1991, NJ 1992, 78 (Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden) (onzorgvuldig handelen door na eerdere brandstichting niet te waarschuwen voor brandgevaarlijkheid van tbs-patiënt op proefverlof). Ik wijs er ten overvloede nog op dat in deze gevallen op de instelling als toezichthouder de draagplicht rust indien de primaire dader ook aansprakelijk wordt gehouden, zie art. 6:165 lid 2 BW.

53 Rb. Breda 20-6-2002, NJ 2003, 234 (Grootouders van Nick/Tweesteden Ziekenhuis).

54 Zie *Tarasoff v. The Regents of the University of California* 17 Ca. 3d 425; 551 P.2d 334; 131 Cal. Rprt. 14; 83 A.L.R. 3d 1166., waarover § IV.3.3. Zie inzake het Amerikaanse recht ook nog *Dinnerstein v. United States* 486 F.2d 34 (1973), waarin een patiënt van een veteranziekenhuis zelfmoord pleegde en het ziekenhuis (in casu de overheid) aansprakelijk werd gehouden omdat die zelfmoord redelijkerwijs voorzienbaar was.

Nederland in verband met een veroordeelde wiens TBS voorwaardelijk beëindigd werd.⁵⁵ Deze ex-TBS-er stond, dat was een van de voorwaarden voor de beëindiging, verplicht onder behandeling bij therapeut Noltes. Noltes vernam gedurende de therapie onder andere van zijn cliënt dat hij weer aan de alcohol en drugs was, een alarmpistool had en dat hij de neiging had om een met name genoemd persoon te willen vermoorden. Ook had de ex-TBS-er iemand onder dwang zware verdovende middelen laten gebruiken. Therapeut Noltes gaf dit alles niet door aan het openbaar ministerie of een andere instantie. Vervolgens pleegde diens cliënt een gruwelijk moord op Van Wijk. Diens nabestaanden spreken Noltes aan tot schadevergoeding omdat hij niet gewaarschuwd heeft.

Noltes beroept zich op zijn beroepsgeheim maar de Rechtbank passeert dat verweer. Een zorgvuldig handelende therapeut zou in deze omstandigheden (therapie als voorwaarde voor beëindigen van dwangverpleging, mede bedoeld om de veiligheid van anderen te bewaken) de genoemde feiten wel gemeld hebben en daardoor zou het schaderisico aanmerkelijk lager zijn geweest. Een redelijk handelend therapeut heeft dus soms de plicht in redelijke mate er voor te zorgen dat een mogelijk slachtoffer van een gevaar beschermd wordt, en als door openbaarmaking een ernstig gevaar wordt afgewend, moet het vertrouwelijke karakter van de relatie soms wijken. De Beroepscode van Psychotherapeuten bevat daartoe ook een regeling.⁵⁶ De therapeut kan uiteindelijk overigens niet aansprakelijk gehouden worden omdat het causale verband niet gegeven is.⁵⁷

Als het over psychiatrische patiënten gaat, komt naar *Frans* recht weer de vraag op of de eerder besproken aansprakelijkheid wegens een 'fait d'autrui' ingeroepen kan worden. Ik ga daar nu niet opnieuw uitvoerig op in, maar het is wel waarschijnlijk dat deze vorm van aansprakelijkheid ook voor private psychiatrische inrichtingen zal gelden indien een (meerderjarige) patiënt schade toebrengt.⁵⁸ Los daarvan geldt dan nog dat deze klinieken ook op basis van art. 1382 Cc aansprakelijk gesteld kunnen worden, maar de inspanningsverbintenis die daaruit volgt, betekent meestal dat aan een veroordelend vonnis ontsnapt kan worden.⁵⁹

55 Zie Rb. Assen 16-7-2003, NJ 2003, 585 (Van Wijk/Noltes). Zie ook nog § 2.3.9 hierna waarin het mede gaat om de aansprakelijkheid van de Staat na verlofverlening aan een TBS-er.

56 Rb. Assen 16-7-2003, NJ 2003, 585 (Van Wijk/Noltes), r.o. 4.5. Ter vergelijking: de geheimhoudingsplicht van bijvoorbeeld een notaris moet ook wijken als die notaris wetenschap krijgt van bepaalde misdrijven, zie Kortmann 2004, p. 241-242.

57 Zie nader daarover § X.3. Volgens Engelhard, NTBR 2003, p. 604, speelde daarbij nog mee, en ik denk dat zij dat terecht stelt, dat er inmiddels van overheidswege een uitkering was verstrekt aan de nabestaanden.

58 Zie § 2.3.3 hiervoor en § VII.2.2.1, alsmede het *Blieck*-arrest, Cass. ass. plén., 29 mars 1991, D. 1991, Jur. 324 note Larroumet; Galand-Carval 2003, p. 91, en Viney/Jourdain 1998, no. 926. Dat zal met name gelden waar de behandelingsmethoden meer vrijheid laten aan de patiënt. Overigens geldt voor overheidsinstellingen dat deze naar Frans recht onder de administratiefrechtelijke aansprakelijkheid vallen en deze aansprakelijkheid vereist, een enkele uitzondering daargelaten, een 'faute', zie Viney/Jourdain 1998, no. 930-931.

59 Viney/Jourdain 1998, no. 926.

Naar *Duits* recht komt § 832 BGB in beeld. Ik heb daarover eerder al het nodige opgemerkt.⁶⁰ Hier volstaat dan ook op te merken dat bij de bepaling van de vereiste mate van zorgvuldigheid gelet moet worden op de leeftijd, rijpheid, ontwikkelingsgraad, de fysieke en geestelijke toestand van de onder toezicht gestelde, op de voorzienbaarheid van de schadetoevoegende gebeurtenis en de gevaren daarvan, én op de mogelijkheden die de toezichthouder heeft om schade te voorkomen.⁶¹ Te kort gezegd: de *kelderluik*-factoren dus, inclusief de daartoe behorende voorzienbaarheid.

In dit soort zaken met psychiatrische patiënten speelt naast het voorgaande overigens ook nog een belangrijke rol dat het soms in het belang van de patiënt en diens genezing kan zijn om de patiënt een zekere vrijheid te geven. Indien vervolgens die vrijheid door de patiënt 'benut' wordt om, al dan niet direct, een ander te schaden, kan dat tot aansprakelijkheid van de inrichting ten opzichte van die derde leiden. Daarmee belanden wij bij een zogenaamd toezichthouderdilemma. De toezichthouder staat dan voor een keuze die in alle mogelijke varianten nadelen heeft: dient de inrichting de therapie en het genezingsproces te laten prevaleren of moet zij de risico's van schade voor derden hierbij de doorslag laten geven? Ik ga daar in § 3 nader op in.⁶²

2.3.5 *De omgeving van gebouwen, paden en wegen*

Een vergelijkbaar geval waarin een eerder gemaakte keuze een belangrijke rol speelde, deed zich voor in de zaak waarin de Gemeente Diemen⁶³ aangesproken werd tot schadevergoeding door Zuninga. De Gemeente zou de begroeiing rond een voetpad bij het station in een zodanige toestand hebben laten verkeren dat de omgeving van het pad een geschikte plek werd voor een overvaller om zich verdekt op te kunnen stellen en iemand te kunnen overvallen. Dat was de eiser overkomen. Bovendien zou

60 Zie § VII.2.2. Ik teken daarbij wel nadrukkelijk aan dat onder die bepaling meer aandacht uitgaat naar de aansprakelijkheid van ouders voor de daden van hun kinderen. Het overzicht bij Münch. Komm (Stein) 1997, § 832, spreekt wat dat betreft boekdelen.

61 Zie Münch.Komm (Stein) 1997, § 832, Rdn. 20.

62 Zie voor nu reeds Van Rossum 2001, p. 22-23; Giesen AV&S 2002, p. 108; Viney/Jourdain 1998, no. 931, en verder bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16-3-1965, NJ 1966, 131 (Reesink/Hulp voor Onbehuisden) (geen aansprakelijkheid instelling voor inbraak door jeugdigen onder haar zorg omdat therapie zich niet verdraagt met streng toezicht), en Hof Arnhem 3-6-1959, NJ 1960, 188 (The White Cross Insurance Company/Het Oude en Nieuwe Gasthuis te Zutphen) (therapie van bewegingsvrijheid en dus gebrek aan toezicht was in dit geval verantwoord, inrichting dus niet aansprakelijk voor schade door joyriden van patiënt). In twee latere joyride-zaken werd de inrichting wel aansprakelijk geacht, zie Rb. Den Haag 13-4-1983, VR 1984, 42 (Zwolsche Algemeene/W. van den Bergh Stichting) en Ktg. Wageningen 13-9-1989, VR 1990, 88 (Sluiter/Vereniging voor Christelijke Verzorging van Geestes- en Zenuwzieken).

63 Hoewel de overheid hier in beginsel buiten beschouwing zou blijven, behandel ik deze uitspraak toch omdat hetzelfde verwijt ook particulieren (bijvoorbeeld woningbouwcorporaties of verenigingen van appartementseigenaren) zou kunnen treffen, zie bijvoorbeeld de Amerikaanse zaak *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 439 F.2d 477 (D.C. Cir. 1970), waarover § IV.3.3.

de Gemeente hiervan op de hoogte zijn geweest. Opnieuw werd dus niet de eigenlijke dader, de overvaller, aangesproken, maar de toezichthouder. Aansprakelijkheid werd afgewezen, omdat de Gemeente eerder al in die buurt maatregelen genomen had en zich in de periode voorafgaand aan de overval geen onveilige situaties hadden voorgedaan in verband met de begroeiing.⁶⁴ Er was dus geen sprake van concreet toezichtsfalen.⁶⁵

Van concreet toezichtsfalen was naar mijn mening echter wel sprake in het geval waarin een vrouw letselschade leed doordat zij, kijkend naar een vertrekkend vliegtuig, door de 'jetblast' van dat vliegtuig de lucht werd ingeworpen. Vast stond immers dat er regelmatige vele toeristen vanaf de plek van het ongeluk naar vertrekkende vliegtuigen stonden te kijken. Er was wel gewaarschuwd via een bord, maar of dat als waarschuwing voldoende was hing ervan af of deze waarschuwing zou leiden tot een handelen of nalaten waardoor het gevaar zou worden vermeden.⁶⁶ Dat is een zeer strenge maatstaf, want dat betekent – als ik het goed zie – dat de waarschuwing *werkelijk effectief* moet zijn om als waarschuwing voldoende te kunnen zijn om aansprakelijkheid buiten de deur te houden. En die effectiviteit lijkt nu juist te ontbreken als er schade ontstaan is door hetgeen waartegen gewaarschuwd werd. Zodoende lijkt met de schade ook de ineffectiviteit van de waarschuwing (en dus aansprakelijkheid) gegeven te zijn.

Van concreet toezichtsfalen was ook sprake in het *Duitse* geval waarin een jongen die een sluiproute gebruikte om zonder omweg een bepaald perron van het station te bereiken, geschept werd door een trein en zwaar gewond raakte. Hoewel de rechter uitging van een stevige mate van eigen schuld, werd de spoorwegmaatschappij wel aansprakelijk gehouden voor 15% van de schade omdat zij onvoldoende gedaan hadden om de sluiproute af te sluiten of te beveiligen. Die route werd al langere tijd enkele malen per uur benut door mensen die zich een omweg wilden besparen, en dat werd oogluikend toegestaan zodat het gebruik ervan was ingeburgerd. Daarmee was het toezichtsfalen concreet genoeg voor een veroordeling tot gedeeltelijke schadevergoeding.⁶⁷

64 Zie Rb. Amsterdam 18-7-2001, NJkort 2001, 46 (Zuninga/Diemen). Ik ga hier overigens niet in op de aansprakelijkheid van wegbeheerders, zie daarover bijvoorbeeld HR 26-9-2003, NJ 2003, 660 (Waterschap Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland) en Hof Den Bosch 11-3-2003, VR 2004, 54 (Leenman/Oss).

65 Daarvan lijkt wel sprake te zijn geweest in de door Van Dam 2002, p. 43-44, besproken zaak van het meisje dat uit het (niet voldoende beveiligde) zolderraam van de vakantiewoning viel. De gemeente werd aansprakelijk gehouden omdat de controlerend ambtenaar de overtreding constateerde en niets deed. Zie Hof Amsterdam 9-8-1990, BR 1991, 308 nt. Moesker (Sterkenburg/Sasse). Er was geen sprake van concreet toezichtsfalen toen iemand bij een vechtpartij in het Rijksmuseum te Amsterdam gewond raakte, want een museum hoeft niet bedacht te zijn op vechtpartijen en hoeft dienaangaande geen extra zorg voor de veiligheid in acht te nemen. Zie Rb. Amsterdam 11-12-2004, NJF 2004, 245 (Rutt/Het Rijksmuseum).

66 Zie HR 28-5-2004, RvdW 2004, 76 (Hartmann/PJIAE).

67 Zie hierover OLG Koblenz VersR 2003, 1449.

2.3.6 Recreatie

Een volgend type gevallen heeft betrekking op exploitanten in de recreatieve sfeer, zoals de exploitant van een vakantie- en recreatiepark. Een voorbeeld: een 23-jarige man springt in het ven achter zijn vakantiehuisje en loopt vervolgens een dwarslaesie op omdat het ven ondiep is (65 cm). Dit is een toezichtgeval waarin S en D samenvallen in één persoon. Kan de exploitant daarvoor aansprakelijk gehouden worden? Nee, aldus Rechtbank Rotterdam na toepassing van de *Kelderluik*-factoren, omdat de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval niet zo groot was dat de exploitant meer maatregelen had moeten nemen.⁶⁸

In een soortgelijk geval was de exploitant van een zwembad wel aansprakelijk toen een 13-jarig meisje in het ondiepe deel van het bad dook, met haar hoofd tegen de vloer sloeg en verlamd raakte.⁶⁹ De exploitant heeft de plicht in het bijzonder te waken voor de gezondheid en veiligheid van het zwemmend publiek, ook als het om schoolzwemmen gaat. Omdat in dit geval een deur tot het bassin open stond waar die volgens de instructies op slot had moeten zijn, de diepteaanduiding in het bad ontbrak, en maatregelen daartegen eenvoudig genomen hadden kunnen worden, werd de exploitant aansprakelijk gehouden.

Ook vrije tijdsverenigingen en organisatoren van recreatieve activiteiten in *Frankrijk* zijn niet gevrijwaard van een strikte vorm van aansprakelijkheid. De eerder al besproken leer van het 'fait d'autrui' is ook van toepassing op verenigingen die vrije tijdsbestedingen (en soortgelijke activiteiten) organiseren zonder dat daaraan een competitie-element verbonden is, zoals bij een majorettevereniging.⁷⁰ Daarnaast kan natuurlijk ook nog de gewone (schuld)aansprakelijkheid uit overeenkomst van toepassing zijn.⁷¹

68 Rb. Rotterdam 6-4-2000, VR 2002, 95 (Schmitz/De Kempervennen). Zie ook Hof Den Haag 20-8-2003, VR 2004, 109 (Duinrell/Anoz): geen enkele attractie kan bescherming bieden tegen alle denkbare eventualiteiten. Naar Engels recht komt men tot hetzelfde resultaat, zie *Tomlinson v. Congleton Borough Council* [2003] UKHL 47 (de staat van het terrein bracht geen risico's met zich, nr. 29), en Ferguson, NLJ 2003, p. 1406.

69 Zie Rb. Alkmaar 19-8-1982 en 9-6-1983, NJ 1984, 215 (Geervliet/Staat) (de school niet was niet aansprakelijk voor het ongeval (duiken in ondiep water) tijdens de zwemles, de zwembad-exploitant wel). Zie ook nog Hof Amsterdam 5-12-1991, NJ 1992, 824 (Van der Vlist/Stoop's) (exploitant zwembad niet aansprakelijk toen zwemmer bekneld raakte in de afsluiter van een ondeugdelijke afvoerput, omdat gebrek niet zichtbaar was) en Vzng. Rb. Dordrecht 10-6-2004, NJF 2004, 483 (Van der Perk/Aantjes) (bijzondere zorgplicht voor beheerder hindernisbaan; geen bijzondere aanwijzingen gegeven, beheerder aansprakelijk).

70 Zie bijvoorbeeld Cass. 2e civ., 12 décembre 2002, RTD Civ. 2003, 305 nt. Jourdain en Coulon 2003, nr. 364 (de stok van een majorette raakte een ander meisje; de vereniging werd aansprakelijk gehouden). Uit eerdere rechtspraak leek dat competitieverband als wezenlijk naar voren te komen, zie over die gevallen § 2.3.3 hiervoor. Overigens kunnen ook jachtverenigingen als toezichthouder aangesproken worden, zie Coulon 2003, nr. 361 e.v.

71 Dat geldt dan met name ook voor gevallen waarin de wederpartij tegen zichzelf beschermd moet worden, zie nader Coulon 2003, no. 280 e.v. en de voorbeelden in no. 285 (vakantiekampen, scoutingclubs, en psychiatrische instellingen). De zorgplicht zal dan ingekleed zijn als een 'obligation de sécurité', zie Coulon 2003, no. 303 e.v., die dit geen gelukkige oplossing vindt, vgl. no. 315.

In *Duitsland* wordt ten aanzien van het gebruik van glijbanen in zwembaden expliciet verdisconteerd dat gebruikers geen absolute ongevaarlijkheid kunnen verlangen.⁷² Maar binnen die norm is de rechtspraak zeker niet mals.⁷³ Degene die bijvoorbeeld in een zwembad een glijbaan open stelt, is verplicht de gebruikers voor die gevaren te behoeden die boven het normale risico bij het gebruik van de ‘Anlage’ uitstijgen, niet ‘vorhersehbar’, voorzienbaar, en niet zonder meer ‘erkennbar’, herkenbaar, zijn. Heel concreet betekent zulks dat een waarschuwbord (om afstand te bewaren ten opzichte van de voorganger bij het naar beneden glijden) nodig is, maar op zichzelf niet voldoende. Er dient ook iemand benoemd te worden die toezicht houdt op de glijbaan, hoewel dat toezicht niet feilloos hoeft (en ook niet kan) zijn. Het na die maatregelen nog resterende gevaar ligt in het bereik van het zogenaamde algemene levensrisico.⁷⁴

Datzelfde levensrisico speelt ook een rol bij georganiseerde reizen en de in dat kader veelvuldig georganiseerde ‘animatieshows’. De reisorganisator is verantwoordelijk voor de ongevaarlijkheid van de georganiseerde programma-onderdelen die hij zelf aanbiedt, ook indien die onderdelen uitgevoerd worden door derden. De organisator moet zekerheidsmaatregelen nemen om de klanten voor schade te behoeden en gevaren die boven het algemene levensrisico uitstijgen, uit te sluiten. Hij moet instaan voor de ongevaarlijkheid van aangeboden spelmogelijkheden. Dat zulks behoorlijk ver gaat, bewijst het feit dat (een gedeeltelijke) aansprakelijkheid aangenomen werd in het geval waarin iemand zich verwondde toen deze persoon in het ondiepe deel van het zwembad sprong tijdens en als onderdeel van een animatieshow.⁷⁵

2.3.7 Nutsbedrijven en waterschappen?

Een geval dat evenzeer tot zeer zware letselschade, en dan ook nog bij meerdere personen, kan leiden, betreft dat welke aan de orde was in het arrest *Interpolis/Obragas*.⁷⁶ Er wordt geklaagd over een gaslucht in huis. Twee monteurs van Obragas, het bedrijf dat de gasvoorziening in Oost-Brabant onder zijn hoede heeft, komen kijken en herstellen een lekkende leiding. Na hernieuwde klachten wordt een (andere) gasinstallateur ingeschakeld die echter niets ontdekt. Wanneer vervolgens de woning door een explosie verwoest wordt, wordt een onderzoek gestart en blijkt een andere gasbuis onder de woning ook gelekt te hebben. Metingen in de kelder zouden dat

72 Zie bijvoorbeeld OLG Stuttgart, MDR 2003, 1355, op p. 1356, en BGH, MDR 2004, 748.

73 Zie BGH, MDR 2004, 748: als er al videobewaking is en er al sensoren staan opgesteld, is een badmeester bovenaan de glijbaan niet nodig. In Engeland schijnt het inmiddels zo te zijn dat de angst voor ongevallen en eventueel aansprakelijkheid bij zwembadexploitanten overheersend is geworden, zo overheersend dat soms zelfs de rugslag verboden wordt, zie de bijdrage van Peter de Waard in *de Volkskrant* van 29 maart 2004, p. 4. Ik zou dit overigens niet als een excess van toezichthoudersaansprakelijkheid willen duiden maar als een gevolg van misplaatste opvattingen over wat de zorgvuldigheidsnorm vergt, ook (en vooral) naar Engels recht.

74 Zie hierover OLG Stuttgart, MDR 2003, 1355.

75 Over het voorgaande OLG Karlsruhe, MDR 2004, 35.

76 HR 14-6-2002, NJ 2003, 428 (Interpolis/Obragas).

hebben kunnen ophelderen. De verzekeraar van de eigenaren van de woning spreekt dan ook het nutsbedrijf aan.

Dit is echter een geval waarin er geen sprake is van toezicht in de door mij bedoelde zin, want indien het nutsbedrijf wegens falend toezicht zou worden aangesproken,⁷⁷ blijkt T hier samen te vallen met D, de primaire dader. En dan ontbreekt het specifieke element dat de aansprakelijkheid van toezichthouders een aparte plaats zou kunnen geven. Omdat de in dit arrest vastgestelde norm echter bruikbaar lijkt voor de bepaling van de zorgvuldigheidsnorm voor 'echte' toezichthouders, hetgeen naar mijn mening hieraan ligt dat het in beide gevallen om 'nalaten' gaat, besteed ik er toch enige aandacht aan.⁷⁸ In dat kader is het goed te beseffen dat indien dit een geval van toezicht zou zijn geweest, het een concreet toezichtsfalen zou hebben betroffen.

De Hoge Raad beslist in het genoemde arrest dat na een klacht verwacht mag worden dat er een onderzoek ingesteld wordt en dat eventueel maatregelen die nodig zijn, genomen worden.⁷⁹ Een adequate reactie betekent volgens de Hoge Raad in gevallen zoals hier, waarbij mensenlevens op het spel kunnen staan, snel reageren, kundig personeel sturen en dat personeel voldoende informatie geven. Indien een oorzaak is opgespoord, dient het nutsbedrijf zelfstandig te onderzoeken of daarmee het euvel ook werkelijk verholpen is. De afwijzing van aansprakelijkheid door het hof werd vervolgens door de Hoge Raad onderuit gehaald. Dezelfde, mijns inziens weer redelijk streng ingevulde zorgvuldigheidsnorm, zou wat mij betreft ook op toezichthouders die een klacht, melding of waarschuwing ontvangen, toegepast kunnen (en wellicht moeten) worden.

Vanuit een oogpunt van consistentie ten aanzien van de invulling van de zorgvuldigheidsnorm, is dan nog relevant dat de norm zoals zojuist besproken, ook al geldt ten aanzien van waterschappen die te hoge en te lage waterstanden tegen moeten gaan.⁸⁰ De Hoge Raad heeft recent nog eens herhaald dat voor aansprakelijkheid van een waterschap van belang is of het waterschap op een dreigende overstroming

77 Inmiddels is na een aantal incidenten echter duidelijk geworden dat de woningeigenaar zelf verantwoordelijk is voor een veilige gas- en elektravoorziening in de woning. De gemeenten hebben formeel de verantwoordelijkheid voor het toezicht op de gas- en elektravoorzieningen (art. 100 Woningwet), hoewel tot de jaren '90 de energiebedrijven dat toezicht feitelijk uitoefenden. Dat gaat nu veranderen en er komt tevens een (in bepaalde gevallen verplichte) keuring, zie over dit alles *Kamerstukken II 2003/2004*, 28 325 nr. 4.

78 Ook als er geen sprake is van toezicht in deze situatie, kan nog steeds ten minste gezegd worden dat de hier geaccepteerde plicht dat in bepaalde gevallen zelfstandig opgetreden moet worden, in elk geval (ook) voor toezichthouders zal gelden, zodat het arrest in elk geval (ook) in die zin relevant is voor dit betoog.

79 Zo ook de minister van VROM (*Kamerstukken II 2003/2004*, 28 325 nr. 4, p. 4) inzake het toezicht van gemeenten op de gasvoorziening: '(...) reageren gemeenten uiteraard op signalen van niet-naleving'.

80 Zie HR 8-1-1999, NJ 1999, 319 nt. ARB (Waterschap West-Friesland/Kaagman). Bloembergen maakt hiervan in zijn noot een nog algemener toepasbare regel.

is geweest.⁸¹ Ten aanzien van waterschappen geldt overigens evenzeer dat D en T één en dezelfde persoon zijn en dus samenvallen zodat er geen toezicht in het spel is.

Het verschil ten opzichte van algemeen ‘toezichtsfalen’ wordt treffend geïllustreerd door de net besproken gevallen van concreet ‘toezichtsfalen’ af te zetten tegen het geval zoals dat speelde in het arrest *Van den Berg/De Oude Rijnstromen*.⁸² Daarin wordt immers expliciet bepaald dat een waterschap niet steeds uit eigener beweging hoeft te onderzoeken hoe het met de waterstanden staat om op basis daarvan reeds maatregelen te nemen vooruitlopend op een aangekondigde weersomstandigheid. De norm ten aanzien van algemeen toezichtsfalen (hoewel het hier niet om een echt geval van toezicht gaat), is dus minder streng.

2.3.8 Politie

Over de vraag of de politie als toezichthouder optreedt en als toezichthouder gezien kan worden, kan gerede twijfel bestaan. Als wij de politietaak echter bezien in het licht van het waken over en bewaken van de veiligheid van burgers, lijkt er toch wel wat voor te zeggen om hun taak als een vorm van toezicht te zien. Indien hun werk inderdaad mede vanuit die invalshoek bezien wordt, rijst (opnieuw) de vraag in hoeverre de politie dan aansprakelijk zou kunnen zijn voor onvoldoende of gebrekkig toezicht. Eerder kwam al het geval aan de orde van de uit de hand gelopen roofoverval, waarbij aansprakelijkheid van de politie eigenlijk onmiskenbaar was.⁸³

Een ander geval betreft dat van de Oosterpark-rellen in Groningen waarbij de politie aanvankelijk niet ingreep toen een bewoner en zijn familie belaagd werd door relschoppers die tevens vernielingen aanrichtten. Pas na 5 uur trad de ME op. De Rechtbank Groningen overweegt dat zij het handelen van de politie binnen de discretionaire bevoegdheden slechts marginaal kan toetsen, maar concludeert vervolgens toch dat de tentoon gespreide zorgvuldigheid beneden de maat was.⁸⁴ Bij een bedreiging van ernstige aard, waarbij vernielingen worden aangericht, is het niet juist dat de politie, ook na herhaalde verzoeken om hulp, pas na 5 uur bescherming biedt, terwijl

81 Zie HR 30-1-2004, NJ 2004, 270 (Boomkwekerij Poppelaars/Waterschap Mark en Weerij), r.o. 3.3.1, verwijzend naar het hiervoor genoemde arrest.

82 HR 9-11-2001, NJ 2002, 446 nt. CJHB (Van den Berg/De Oude Rijnstromen).

83 Zie § IV.3.6 en § 2.1. hiervoor inzake Hof Den Haag 9-12-1976, NJ 1977, 381 (Maat/Staat) en Hol 1995, p. 57 e.v. Naar Engels recht wordt aansprakelijkheid van de politie op basis van ‘negligence’ in principe van de hand gewezen, op gronden van ‘public policy’, zie met name *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53, doch ook *Alexandrou v. Oxford* [1993] 4 All ER 328 (zie ook p. 334 en 339): naast voorzienbaarheid is ook een ‘special relationship’ nodig tussen eiser en gedaagde want anders zou de een ‘duty’ van de politie ten opzichte van het hele publiek gelden en dat zou slechts tot een ‘diversion of resources’ en niet tot zorgvuldiger gedrag leiden. Sinds kort lijkt het er op dat er via de ‘tort’ ‘misfeasance in a public office’ (zie nader § XI.3.1) toch een mogelijkheid bestaat om tot aansprakelijkheid van de politie te komen, zie *Akenzua v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 1470, en Spencer, CLJ 2003, p. 543 e.v., hetgeen overigens een belangrijke inconsistentie in het systeem invoegt.

84 Zie Rb. Groningen 22-1-2003, NJ 2003, 169 (Lammers/Groningen).

de ME binnen anderhalf uur ter plekke zou moeten zijn. De Hoge Raad liet dat oordeel in essentie in stand.⁸⁵

Dit oordeel lag eigenlijk voor de hand, want betrokkenen van politiezijde hadden ook zelf al aangegeven dat het ingrijpen te laat kwam. Bij de afweging had de veiligheid van de politiemensen teveel gewicht in de schaal gelegd ten opzichte van de plicht om burgers te beschermen. Ik kan daarmee alleen maar instemmen en wijs hier verder enkel op het feit dat het om een typisch geval van *concreet* toezichtsfalen ging. De politie was immers (meermalen) te hulp geroepen en daarmee gewaarschuwd.⁸⁶

2.3.9 Gevangnissen en TBS-klinieken

In het verlengde van de aansprakelijkheid van de politie, ligt ten eerste de mogelijke aansprakelijkheid van het gevangeniswezen voor schade toegebracht door een gevangene aan een andere gevangene, of na een ontsnapping of vrijlating, aan een derde. Het *Engelse* recht dienaangaande, kwam hiervoor al te sprake.⁸⁷ In *Nederland* is dit op zich een onbekend fenomeen, voorzover ik heb kunnen nagaan, maar daarbij mag niet vergeten worden dat er op dit vlak vanuit Straatsburg eisen aan het Nederlandse recht gesteld worden. Onder bepaalde omstandigheden verplicht art. 2 EVRM de overheid immers om preventief op te treden ter bescherming van een burger wiens leven gevaar loopt als gevolg van criminele handelingen van een ander.⁸⁸ Indien redelijkerwijs voorzienbaar is dat een in hechtenis of gevangen genomen persoon, gezien zijn psychische toestand, een gevaar voor een ander zou kunnen zijn, mogen zij niet bij elkaar in één cel gezet worden, op straffe van aansprakelijkheid van de gevangenisautoriteit.⁸⁹

Voorzover het gaat om de verlening van (onbegeleid) verlof, door de behandelende kliniek (waarvoor de Staat dan verantwoordelijk is), aan een TBS-er die vervolgens weer de fout in gaat en een willekeurig burger schade berokkent, is er wel Nederlandse

85 Zie HR 9-7-2004, RvdW 2004, 98 (Groningen/Lammers), waarin met name aan de rode was of de Gemeente naast de Politieregio aansprakelijk kon zijn (ja). Tevens werd het verweer van de Gemeente, in de kern luidend dat het hier om afgeleide schade zou gaan (§ III.2), verworpen (vgl. r.o. 3.10-3.11).

86 Vgl. het voorbeeld van concreet toezichtsfalen in Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1679, dat evengoed op deze casus gebaseerd had kunnen zijn.

87 Zie § IV.3.2 en Van Dam 2000, nr. 1410. Ik noem hier nog het verwante geval van *K. v. the Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 775, waarin het ging om de vrijlating tijdens de uitzettingsprocedure van een al eerder veroordeelde misdadiger die vervolgens een vrouw verkrachtte. De overheid werd niet aansprakelijk gehouden.

88 Zie nader § IV.3.9, en de uitspraken inzake EHRM 14-3-2002, NJB 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk), waaruit volgt dat gedetineerden zich in een kwetsbare positie bevinden en bescherming behoeven; EHRM 3-4-2001, NJB 2001, 24 (Keenan/Verenigd Koninkrijk), waaruit blijkt dat dit in beginsel ook geldt in die gevallen waarin iemand zichzelf in gevaar brengt (zelfmoord in gevangenis), en EHRM 24-10-2002, NJB 2002, 52 (Mastromatteo/Italië). Vgl. verder nog Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede), r.o. 3.1.3.

89 Vgl. het feitencomplex zoals aan de orde in EHRM 14-3-2002, NJB 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk).

rechtspraak.⁹⁰ Daaruit volgt dat er alleen onzorgvuldig gehandeld is indien de beslissing tot verlof ‘kennelijk onverantwoord’ was. Deze maatstaf leidt ertoe dat er niet snel sprake zal zijn van een onrechtmatige daad van de Staat jegens het (toevallige) slachtoffer. De eerste reden daarvoor is, zo lijkt te volgen uit deze rechtspraak, dat het uiteindelijk de TBS-er was die de schade toebreacht, en niet de verlofverlenende instantie; het betreft een afgeleide aansprakelijkheid. Ten tweede is van belang dat er een afweging nodig is of degene die onder behandeling staat, als deel van de behandeling, kort in vrijheid kan worden gesteld zonder dat zeker is dat er geen enkel gevaar bestaat voor derden, maar waarbij dat gevaar wel zodanig beperkt is dat een verlof verantwoord is.⁹¹ Degene die dit dient af te wegen en de verlofbeslissing dient te nemen, wordt via de op deze wijze ingevulde zorgvuldigheidsmaatstaf de nodige ruimte gegeven.

Ik betreur deze uitspraak omdat zo zonder deugdelijke redengeving⁹² een te lichte maatstaf wordt aangelegd,⁹³ terwijl een (risico)aansprakelijkheid van de Staat, al dan niet op basis van rechtmatige daad, de individuele verlofverlener evenzeer bescherming had kunnen geven, zonder dat dan het willekeurige slachtoffer in de kou zou hoeven te blijven staan. Dat zou qua resultaat en qua dogmatische inkleding naar mijn idee beter zijn geweest. Daarbij wijs ik er dan nog op dat er in verband met de aansprakelijkheid van ouders voor de daden van hun kind ook wordt gezegd dat een dergelijke oplossing billijker is dan de optie om de last bij het toevallige slachtoffer te leggen, terwijl de ouders via een (goedkope) verzekering de schade kunnen spreiden, net zoals de overheid in dit soort gevallen de schade zou kunnen spreiden.⁹⁴

In *Frankrijk* heeft men ook ervaring met de hier besproken gevallen. Gevangenis-zen zijn daar, omdat het gaat om publieke instellingen of organisaties en dus niet om private partijen, eventueel aansprakelijk volgens de regels van Frans administratief recht. Dat komt er hier op neer dat voor aansprakelijkheid van de gevangenis (en dus

90 Zie recentelijk HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), doch van ver voordien onder andere al Rb. Amsterdam 16-3-1965, NJ 1966, 131 (Reesink/Hulp voor Onbehuisden) (aansprakelijkheid afgewezen omdat toezicht voldoende was, mede omdat toezicht op TBS-ers niet te streng mag zijn) en Hof Leeuwarden 5-6-1991, NJ 1992, 78 (Hoeve Boschoord/NN) (wel aansprakelijkheid aangenomen omdat na eerdere brandstichting niet gewaarschuwd was). In § 2.3.4 kwam overigens al de aansprakelijkheid aan bod van de individuele therapeut die weet heeft van een bepaald gevaar.

91 Zie over dit alles uitvoerig HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), r.o. 3.4 en 3.5 en § VII.3.1. Een derde reden zou het ontbreken van (concrete) voorzienbaarheid kunnen zijn, zie r.o. 3.7.2. A-G Spier meende, zie zijn conclusie sub 6.3, dat uit verwante rechtspraak volgt dat aansprakelijkheid wel tot de mogelijkheden zou kunnen behoren. Ik ben dat met hem eens.

92 Dat de notie van afgeleide aansprakelijkheid geen voldoende argument is, betoogde ik al in hoofdstuk III. Het dilemma of er nu wel of niet verlof verleend had mogen worden, kan binnen de gewone, normale zorgvuldigheidsnorm opgelost worden.

93 Die volgens de al net genoemde lagere rechtspraak niet geldt, en die wellicht nog een ongewenste uitstraling kan hebben naar andere deelterreinen. Ik geef later nog aan dat ik, waar het om toezicht gaat, ook in zijn algemeenheid tegen aangepaste (lichtere) maatstaven van zorgvuldig handelen ben, zie hierna § 2.4.5. Kritisch over de Hoge Raad in deze zijn ook Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1585.

94 Zie Haentjes/Du Perron 2003, p. 175.

de Staat) een zogenaamde ‘faute lourde’, een grove onzorgvuldigheid nodig is.⁹⁵ Een uitzondering geldt voor die gevallen waarin een gevangene een ‘permission de sortie’ heeft (op proefverlof is), zich in een halfopen regiem bevindt of voorwaardelijk in vrijheid is gesteld, en deze persoon vervolgens schade toebrengt aan een derde. In dat geval geldt een risicoaansprakelijkheid.⁹⁶ In andere gevallen, bijvoorbeeld bij gevechten binnen de gevangenis of bij schade in verband met een ontsnapping, geldt dat niet.⁹⁷

2.3.10 De financiële toezichthouders⁹⁸

Tot nu toe besprak ik steeds gevallen van letselschade door onzorgvuldig toezicht (in de brede zin van het woord), maar de waarschijnlijk bekendste gevallen van aansprakelijkheid van toezichthouders hebben betrekking op financiële toezichthouders. Dat ligt in eerste instantie waarschijnlijk hieraan dat die toezichthouders (AFM, DNB, PVK) ook daadwerkelijk, anders dan in de hiervoor beschreven gevallen, als toezichthouder door het leven gaan en ook zo genoemd worden. Bovendien betreft het omvangrijke en in de media vrij breed uitgemeten affaires.⁹⁹ Uit het voorgaande volgt overigens genoegzaam, althans dat hoop ik, dat het leerstuk van toezichthouderaansprakelijkheid niet tot gevallen van financieel toezicht beperkt is.¹⁰⁰

95 Zie in algemene zin over het Franse systeem van aansprakelijkheid naar administratief recht Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 107 e.v., en verder Viney/Jourdain 1998, no. 936.

96 Zie CE 29 avril 1987, JCP 1988, II 20920 (Garde des Sceaux/Banque populaire), en verder Galand-Carval 2003, p. 90 en 92, en Viney/Jourdain 1998, no. 789-4 en no. 936: de speciale risico's verbonden aan bepaalde nieuwe vormen van straffen dienen niet ten last van een willekeurige derde te komen.

97 Zie nogmaals Viney/Jourdain 1998, no. 936.

98 De enige mij bekende procedure tegen DNB is zonder eindvonnis geëindigd. Zie voor meer informatie Smits/Luberti 1999. Deze auteurs ontvouwen daarin hun visie op de aansprakelijkheid van DNB. Die visie is naar mijn mening te terughoudend en geeft te veel plaats aan de notie van beleidsvrijheid, zie met name p.375-377, waar die vrijheid al te zeer opgerekt wordt. De auteurs lijken te vergeten dat wat DNB wél doet, zorgvuldig moet gebeuren, ook al is het uitgangspunt (terecht) dat DNB niet altijd hoeft te voorkomen dat een bank faillieert. Dat de zorgvuldigheidsnorm voor DNB zou moeten aansluiten bij ‘grove nalatigheid’ of een soortgelijke verzwaarde norm (p. 377-378), is naar mijn mening evenmin correct. Men dient zich te gedragen zoals een redelijk handelende toezichthouder zou moeten opereren. Zie ook mijn opmerkingen in § VII.3.1 en § 2.4.5 hierna over aangepaste zorgvuldigheidseisen.

99 Het arrest van het Hof Den Haag in de Vie d’Or-zaak (Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel) werd bijvoorbeeld, 10 jaar nadat de feiten zich afspeelden, nog vrij uitvoerig besproken op de economie-pagina van de Volkskrant (28 mei 2004, p. 7).

100 Dat de aansprakelijkheid van toezichthouders in het financiële circuit nog verder kan gaan, bewijst het Franse recht. Aldaar is een beweging gaande die ertoe kan leiden dat banken (en dus niet de toezichthouder voor die banken) aansprakelijk zijn ten opzichte van derden wegens falend toezicht op de (frauduleuze) handelingen van cliënten. Ik ga daar nu aan voorbij onder verwijzing naar Coulon 2003, no. 324 e.v. Dat deze ontwikkeling ook in Nederland mogelijk is, bewijst Van den Heuvel 2004, met name p. 137 e.v., die een extra verantwoordelijkheid (lijkend op een

Wanneer wij die gevallen van falend financieel toezicht hier nogmaals kort bekijken,¹⁰¹ dan valt op dat de wettelijke context (de bestaande effectenrechtelijke en financiële regelgeving) die zaken (en hun uitkomst) behoorlijk stuurt. De taken en bevoegdheden van de financiële toezichthouders zijn redelijk expliciet vastgelegd en daar wordt dan ook in eerste instantie naar gekeken.¹⁰² In de *Vie d'Or*-zaak leidde zulks uiteindelijk bij het Hof tot het oordeel, kort samengevat, dat de PVK ten onrechte geen stille bewindvoerder heeft benoemd bij de verzekeringsmaatschappij en dat dat in het licht van de omstandigheden en van wat de PVK wist omtrent de gang van zaken bij *Vie d'Or*, onzorgvuldig was.¹⁰³

In de *Nusse Brink*-zaak concludeerde de Rechtbank Amsterdam eerder ook al dat de toezichthouder (hier: het Controlebureau van de Vereniging voor de Effectenhandel, VvdE) aansprakelijk was wegens falend toezicht.¹⁰⁴ Het verwijt luidde in dit geval dat de later door de curator geconstateerde onverantwoorde gang van zaken ten aanzien van bepaalde transacties eerder onderkend had moeten worden en er dus eerder ingegrepen had moeten worden. De controle was te oppervlakkig geweest (geen verificatie van mededelingen) en signalen werden genegeerd. Daarmee had het controlebureau haar kerntaak miskend. Er was hier overigens sprake van ernstige nalatigheid zodat deze zaak wellicht niet zo heel veel zegt over waar de grens ligt.

Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders naar *Engels*, *Frans* of *Duits* recht is overigens, dat is wel duidelijk, veel lastiger te bereiken. Dat ligt hieraan dat er daar met immuniteiten gewerkt wordt en er ook overigens voor onrechtmatige daadsacties op dit terrein weinig plek is.¹⁰⁵ Die terughoudendheid zou kunnen pleiten voor eenzelfde terughoudende benadering in *Nederland*, maar mijns inziens zou dat, gezien de argumenten die voor aansprakelijkheid spreken en de mogelijkheden die er zijn om via de toetsing aan de *Kelderluik*-factoren misstanden te voorkomen, niet juist zijn.

vorm van toezicht) bij de banken legt in het kader van de kredietverlening en de verkrijging van zekerheden.

101 Zie uitvoerig Giesen, AV&S 2002.

102 Vgl. § 2.2.1 hiervoor en Smits/Luberti 1999, p. 375-376. Waar het niet om specifieke taken gaat maar om het algemene handhavingsbeleid, zal een tekortschieten (volgens de Algemene Rekenkamer is het beleid van de AFM bijvoorbeeld te reactief, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 635, nrs. 1-2, p. 6 en 7) als algemeen toezichtsfalen niet snel onrechtmatig zijn.

103 Zie Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Aniel (*Vie d'Or*), r.o. 7.6-7.18, met conclusie in r.o. 7.16. Daarmee werd het eerdere oordeel van de Rechtbank (geen aansprakelijkheid) verworpen, hetgeen in het licht van een eerder parlementair onderzoek (Verzekerd van toezicht, *Kamerstukken II* 1995/96, 23 669, nrs. 10-11, p. 54-55) wat mij betreft geen verrassing was. Ik ga hier verder voorbij aan de ook in deze zaak besproken aansprakelijkheid van de accountant en de actuaaris, hoewel beide thema's met de aansprakelijkheid voor falend toezicht verbonden zijn.

104 Zie Rb. Amsterdam 7-6-2000, JOR 2000, 153 (nt. Frielink), en daarover onder andere Giesen, AV&S 2002, en Van Rossum 2001.

105 Zie nader § XI.3.

2.4 Conclusies uit en naar aanleiding van deze rechtspraak

2.4.1 Bestaat 'de' toezichthouder wel als het om letselschade gaat?

Voordat ik inga op de vraag wat precies geconcludeerd kan worden op basis van de hier besproken rechtspraak, dringt zich eerst nog de vraag op of wij op dit terrein wel kunnen en zouden moeten spreken van 'de' toezichthouder. Immers, de gevallen zoals hiervoor besproken, zijn behoorlijk divers en de gedachte dat al die gevallen wellicht *niet* onder één noemer te scharen zijn, is geen vreemde. Zouden wij derhalve niet op zoek moeten naar een norm voor 'de redelijk handelende onderwijzer/trainer/vereniging/psychiatrische instelling', et cetera, in plaats van op zoek te gaan naar wat van een 'redelijk handelende toezichthouder' verlangd kan worden?

Uiteraard zou dat mogelijk zijn en uiteraard is het zinvol om op zoek te gaan naar dé zorgvuldigheidsnorm per categorie van gevallen. Naar mijn stellige overtuiging is het echter zeker ook zinvol om daarnaast juist wél op zoek te gaan naar een bredere, overkoepelende invulling van de norm, vanuit en gebaseerd op de analyse van de afzonderlijke gevallen. Het grote voordeel daarvan is immers dat er dan meerdere concrete zaken beschikbaar zijn (en komen) die in de analyse meegenomen kunnen worden, zodat de basis voor de gevonden resultaten breder is. Bovendien is de gemeenschappelijke noemer 'toezichthouder' (in de zin zoals omschreven in § II.2) zeer geschikt en passend voor al deze gevallen zodat daarin op zich geen bezwaar tegen een bredere kijk kan schuilen. En dat er dan vooralsnog niet één specifieke toezichthouder is die toezicht houdt op al de besproken typen van gevallen, is niet onoverkomelijk.¹⁰⁶

2.4.2 Een strenge norm voor concreet toezichtsfalen

Overzien wij dan deze, overigens zeker niet complete, maar redelijk brede waaier aan rechtspraak, dan lijkt daaruit te volgen, voorzover de taken en bevoegdheden niet expliciet wettelijk omschreven zijn,¹⁰⁷ dat ten aanzien van de zorgplicht en de zorgvuldigheidsnorm voor toezichthouders geldt, dat deze niet licht is, en op dit moment eerder zelfs zwaar of streng genoemd zou kunnen worden.¹⁰⁸ De eisen zijn hoog.

Dat geldt dan met name in zoverre – en dat bevestigt het al in § 2.2.3 beschreven beeld – dat het om een *concreet* toezichtsfalen moet gaan: na een waarschuwing of

106 Denkend daarover dringt zich de gedachte op dat er hier wellicht een taak weggelegd zou kunnen zijn voor de nieuw op te richten toezichthouder voor consumentenzaken (zie Mortelmans, NJB 2004, p. 1642).

107 Zie § 2.2.1 en 2.3.10 hiervoor.

108 Zo bijvoorbeeld ook Onrechtmatige Daad (Oldenhuis), Art. 169, aant. 58a, voor professioneel toezicht op bijvoorbeeld kinderen; Von Bar 1996, Rdn. 166, voor toezicht op psychiatrische patiënten; Albers, NTB 2004, p. 206-208, voor toezicht door de overheid; Münch.Komm (Stein) 1997, § 832, Rdn. 19, over de aansprakelijkheid van ouders voor de gedragingen van hun kinderen naar Duits recht (op basis van § 832 BGB).

andere concrete aanwijzing dat er iets niet in de haak was, is er onvoldoende doortastend opgetreden.¹⁰⁹ Dit is anders in het geval van niet-oplettende onderwijzers. In dergelijke situaties lijkt de norm nog strenger te zijn dan ten aanzien van andere toezichthouders. In gevallen van schade toegebracht door een TBS-er op verlof, lijkt de rechtspraak echter juist minder streng te zijn.¹¹⁰ Ook op het vlak van het algemeen toezichtsfalen gaat de rechtspraak, afgezien van die gevallen van onderwijzers, duidelijk minder ver. Dat er meer zorgvuldigheid vereist wordt bij concreet toezichtsfalen, zou wellicht nog hiermee samen kunnen hangen dat er in die gevallen veelal ook gezegd kan worden dat de gedaagde de 'controle' had, althans had moeten hebben, over wat er zich feitelijk afspeelde.¹¹¹

Van belang bij dit alles is nog dat het voorgaande geenszins betekent, ik wijs daar met nadruk op, dat elke persoon die toezicht houdt, bijna automatisch voor bijna alles aansprakelijk is. Per geval dient steeds weer bekeken te worden, conform en na afweging via de *Kelderluik*-factoren, of de (inderdaad strenge) zorgvuldigheidsnorm geschonden is.¹¹² In aansluiting op de vaststelling dat die zorgvuldigheidsnorm in principe streng lijkt te zijn, doemt dan vervolgens nog de vraag op hoe die (zware) zorgvuldigheidsnorm voor toezichthouders gerechtvaardigd zou kunnen worden. Een antwoord op die vraag tracht ik in het volgende hoofdstuk te formuleren.

2.4.3 Voorzienbaarheid is bepalend

Voordat ik daar nader op in ga, eerst echter nog het volgende. Gezien het onderscheid tussen concreet en algemeen toezichtsfalen, lijkt het erop dat het bij de aansprakelijkheid van toezichthouders met name aankomt op de al dan niet aanwezige kennis bij de 'dader'. Daarmee is het van de al genoemde *Kelderluik*-factoren die hier voorop staan, de aloude *voorzienbaarheid* (wist men of had men kunnen en/of moeten zien

109 Naast de hiervoor al besproken voorbeelden verwijs ik nog naar Van Rossum 2001, p. 18, en Rb. Rotterdam 26-5-2004, HA ZA 01-197, n.g. (Caldic Chemie e.a./Gemeente Rotterdam) waarin de gemeente onzorgvuldig handelde doordat zij, wetend dat de vergunningsvoorwaarden niet nageleefd werden, enkele jaren lang niet echt daartegen optrad doch enkel 'gesprekken' bleef voeren. Het onderscheid concreet/algemeen toezichtsfalen loopt overigens opvallend parallel met het onderscheid gerichte/ongerichte informatie wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van de overheid voor informatieverstrekking, zie Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 31 e.v. Daarbij gaat de aansprakelijkheid ook verder indien het om gerichte (concrete) informatie gaat.

110 In dat geval (HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.)) was er echter geen concreet (genoeg) toezichtsfalen. De Hoge Raad meende dat de voorzienbaarheid hier ontbrak, zie r.o. 3.7.2. Dat concrete toezichtsfalen was er wel in Hof Leeuwarden 5-6-1991, NJ 1992, 78 (Hoeve Boschoord/NN) waarin aansprakelijkheid aangenomen werd omdat na een eerdere brandstichting niet gewaarschuwd was.

111 Dat element van controle komt vaker terug in gevallen van toezicht, zie bijvoorbeeld *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 713, hetgeen ook logisch is want 'controle' en toezicht lopen vrijwel parallel, althans zijn nauw met elkaar verbonden. Zie nader § II.2.5.

112 Vgl. verder nog Barendrecht, NJB 2003, p. 957, die speculeert dat het met de aansprakelijkheid van toezichthouders wellicht wel los zal lopen.

aankomen of weten dat...) die hier de eerste viool lijkt te spelen.¹¹³ Dat hoeft op zich niet verbazingwekkend te zijn omdat de voorzienbaarheid nu eenmaal één van die *Kelderluik*-factoren is, en die factoren hier immers beslissend zijn. Maar de zeer prominente plek binnen de afwegingscriteria die de voorzienbaarheid opeens inneemt als het om de aansprakelijkheid van toezichthouders gaat, is wat mij betreft toch wel bemerkenswaardig, met name omdat de voorzienbaarheid als (min of meer) doorslaggevende factor op andere terreinen juist leek te hebben afgedaan.¹¹⁴ Dat de voorzienbaarheid elders minder prominent in beeld is, zegt natuurlijk op zichzelf niet alles, maar het is naar mijn mening wel opvallend dat een factor in de aansprakelijkheidsafweging die op de ene plek binnen die afweging afgedaan heeft, elders weer op komt zetten en daar zelfs beslissend blijkt te worden.

Hetzelfde patroon is inmiddels overigens ook waarneembaar waar het gaat om de aansprakelijkheid van de wegbeheerder en het (niet toezicht houdende) nutsbedrijf. Ook daar lijkt de voorzienbaarheid weer volledig terug in beeld te zijn.¹¹⁵ Bovendien is de voorzienbaarheid bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren, om die parallel nog maar eens te trekken, nog springlevend.¹¹⁶ Deze nadruk op voorzienbaarheid sluit ook aan bij de beginselen van behoorlijk toezicht van Van Rossum, en dan voornamelijk haar tweede beginsel, namelijk dat corrigerend moet worden opgetreden als overtredingen van wettelijke regels worden geconstateerd.¹¹⁷

Dat is echter niet de lijn die Haan-Kamminga lijkt te verdedigen. In het verlengde van de kern van haar betoog, te weten dat de toezichthouder een ruime beleidsvrijheid

113 Vgl. naast het in de voorgaande paragrafen al genoemde, bijvoorbeeld nog Van Dijk, NTBR 2003, p. 193; Van Rossum 2001, p. 18, 23 en 26; Schilder/Nuijts 2004, p. 74; Hof Den Bosch 22-7-2003, NJ 2004, 367 (MON/S.), en zie in het kader van overheidsaansprakelijkheid ook in deze zin Faure/Hartlief 2002, p. 71; Smits 2003, p. 144, alsmede Hof Den Bosch 11-3-2003, VR 2004, 54 (Leenman/Oss), waarbij de Gemeente op de hoogte was van de slechte staat van een voetpad, niet ingreep, en daarvoor aansprakelijk was, en HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.) inzake de aansprakelijkheid van de Staat voor een verlofverlening aan een TBS-er; deze werd niet aanvaard omdat volgens de rechter de voorzienbaarheid ontbrak, zie r.o. 3.7.2. De voorzienbaarheid speelde ook mee in Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede), r.o. 3.1.3., met name bij de vraag wat de invloed van het EVRM zou kunnen zijn. Zie voor Engels recht bijvoorbeeld Oliphant 2003, nr. 25.

114 Ik doel dan op het terrein van de causaliteit, zie Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 429 en 435.

115 Zie Giesen, AV&S 2004, p. 37, resp. *Kamerstukken II* 2003/2004, 28 325 nr. 4, p. 4. Ik wijs verder nog op HR 29-11-2002, NJ 2003, 549 (Jan Jong Holding/Hoogland-Kooi) inzake de Legionella-zaak waarin de exploitant van de bubbelbaden aansprakelijk werd gehouden omdat, kort gezegd, de gevaren voorzienbaar waren.

116 Schilder/Nuijts 2004, p. 22; Spier/Bolt 1996, p. 137-138. De eerder in § II.2.5 en hoofdstuk IV genoemde notie van controle gaat mijns inziens op in de voorzienbaarheid omdat controle (kon iemand de situatie beheersen en/of schade voorkomen door in te grijpen?) los van de feitelijke mogelijkheden om in te kunnen grijpen, veronderstelt dat de af te wenden gebeurtenis te voorzien was en voorzien werd.

117 Zie Van Rossum 2001, p. 22 en p. 23. Voor de volledigheid: naar geldend Engels recht zal aangenomen moeten worden dat voorzienbaarheid vaak (in gevallen van zuivere vermogensschade) onvoldoende is om een 'duty of care' te kunnen funderen, zie bijvoorbeeld *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 713.

zou moeten toekomen, ziet zij het nog te bespreken toezichthouderdilemma als een ander hoofdbestanddeel van de aansprakelijkheid van (financiële) toezichthouders.¹¹⁸ Daaraan verbindt zij vervolgens de conclusie dat het in bepaalde gevallen in het algemeen belang kan zijn om juist niet in te grijpen en dat dus de stelling (van Van Rossum en mijzelf) dat bij een misstand ingegrepen moet worden, onjuist is. Ook niet-ingrijpen kan zorgvuldig handelen zijn, aldus Haan-Kamminga, en een plicht tot ingrijpen is niet verenigbaar met toezichtbeleid, want er dient ook ruimte te zijn voor overleg.¹¹⁹ Ik ga er echter van uit dat Van Rossum, het geldt in elk geval voor mijzelf, het 'overleg' tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde niet heeft willen uitsluiten (ook dat is een vorm van ingrijpen) zodat in dergelijke gevallen niet per se van onzorgvuldig handelen van de toezichthouder sprake zal zijn.¹²⁰

2.4.4 Rekening houden met 'fouten' van anderen

Hoewel dat niet steeds direct uit de hier besproken rechtspraak naar voren komt, ben ik bovendien van mening dat het bij de (invulling van de) zorgvuldigheidsnorm zou passen dat de toezichthouder er ook rekening mee moet houden dat niet alle 'betrokkenen' (de derden) steeds de nodige voorzichtigheid in acht zullen nemen bij hun handelen.¹²¹ Dit criterium is bekend uit de rechtspraak inzake verkeers- en arbeidsongevallen en inzake productaansprakelijkheid, maar wordt ook daarbuiten toegepast, bijvoorbeeld daar waar het gaat om de aansprakelijkheid van een wegbeheerder.¹²² Het zou goed aansluiten bij die andere vormen van aansprakelijkheid om die redelijk breed toepasbare en toegepaste sub-norm, die dan deel is van de *Kelderluik*-afweging, ook op gevallen van aansprakelijkheid van toezichthouders toe te passen.

2.4.5 Een heel gewone vorm van aansprakelijkheid dus

Daarmee raken wij een algemeen punt. De toepassing van de zojuist beschreven norm mag dan wellicht niet heel verrassend zijn, omdat een en ander nauw aansluit bij wat elders geldt, maar uiteindelijk is het ook geen doel op zichzelf om in deze materie verrassend te zijn. Sterker nog, voor de consistentie binnen het aansprakelijkheidsrecht is het juist te prefereren dat de uitkomst op dit vlak nauw aansluit bij wat normaal gesproken verwacht zou mogen worden.

118 Zie Haan-Kamminga 2003, p. 119 en 121 (waar de verbinding tussen beleidsvrijheid en toezichthouderdilemma expliciet wordt gemaakt), en daarover al § V.4.2.

119 Zie Haan-Kamminga 2003, p. 127.

120 Vgl. verder Schilder/Nuijts 2004, p. 88.

121 Vgl. in deze ook Hof Den Bosch 22-7-2003, NJ 2004, 367 (MON/S.) waarin de Rechtbank zulks expliciet overwoog en het Hof vervolgens overwoog dat onverantwoord rijgedrag van de coureur niet af deed aan de plicht van de organisatie veiligheidsmaatregelen te nemen (r.o. 4.5.4).

122 Zie in algemene zin Van Dam 2000, nr. 822, met verdere verwijzingen, en inzake wegbeheerders bijvoorbeeld Hof Den Bosch 11-3-2003, VR 2004, 54 (Leenman/Oss) en Van Dam 2000, nr. 1213.

Dit bevestigt wat mij betreft dat de aansprakelijkheid van een toezichthouder eigenlijk *een heel gewone aansprakelijkheid* is, een *schuldaansprakelijkheid* waarover steeds opnieuw en per geval via de afwegingsfactoren uit het *Kelderluik*-arrest besloten wordt, met alle remmingen van dien. Deze zou dan ook als zodanig behandeld moeten worden. Dat is een oordeel dat al eerder, hoewel minder expliciet, naar voren kwam, bijvoorbeeld bij de omgang met deze vorm van afgeleide aansprakelijkheid en ten aanzien van de ten onrechte wel ingenomen terughoudendheid ten aanzien van nalaten.¹²³ Ik kom er nog op terug in § XIII.3.

Wel constateer ik op deze plaats alvast dat de conclusie dat het hier om een normale vorm van aansprakelijkheid gaat, logischerwijs ook betekent dat de zorgvuldigheidsnorm een hele normale is en zal moeten zijn. Daaruit volgt ten eerste dat de gestelde eisen van dien aard moeten zijn dat de verantwoordelijke toezichthouder er ook aan kan voldoen, dat deze hem of haar niet boven de pet gaan. Als een toezichthouder bepaalde ontwikkelingen of gebeurtenissen en daarmee schade moet voorkomen, moet deze wel in staat zijn dat te kunnen bereiken. De zorgplicht voor een toezichthouder moet dus te vervullen zijn.¹²⁴

Ten tweede volgt uit het gegeven dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder en de zorgvuldigheidsnorm een hele 'normale' is, althans zou moeten zijn, dat de vraag of in bepaalde gevallen van toezichthoudersaansprakelijkheid wellicht betoogd zou kunnen worden dat er een *aangepaste* zorgvuldigheidsnorm (aansprakelijkheid alleen bij grove nalatigheid en dergelijke) zou kunnen gelden,¹²⁵ negatief beantwoord moet worden. Ten derde betekent dit dat het niet aangaat, ook dat is algemeen aanvaard, om normen van nu toe te passen op gevallen van toen.¹²⁶ Een specifiek gevolg daarvan is dan weer dat een verandering in de situatie na het ongeval (zoals extra veiligheidsmaatregelen) niet betekent dat de situatie voordien niet aan de normen voldeed.¹²⁷

Een vierde consequentie van het voorgaande – maar dat zal ook los van het oordeel dat het hier om een normale aansprakelijkheid gaat, niet verbazen – is dat de soorten zorgplichten die in beeld komen als het gaat om een toezichthouder die tracht zorgvuldig zijn zaken te regelen, (opnieuw) de gebruikelijke zijn. De toezichthouder kan bijvoorbeeld opgezadeld worden met een onderzoeksplicht, een observatieplicht, een onderhoudsplicht of een informatie- of waarschuwingsplicht, etc. Verder zal er in

123 Zie hiervoor hoofdstuk III en IV, alsmede Giesen 2004.

124 Zie bijvoorbeeld zeer expliciet Coulon 2003, no. 383 e.v.

125 De vraag kwam op in § VII.3.1 naar aanleiding van HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.) en in § 2.3.10 naar aanleiding van de positie van DNB.

126 Zie vooral Van Boom/Barendrecht 2000, p. 45 e.v.

127 Zie ook Hof Den Haag 20-8-2003, VR 2004, 109 (Duinrell/Anoz), r.o. 7. Door het ongeval waarover later geprocedeerd wordt, is die vorm van ongelukken voorzienbaar geworden en dus dient daarop geanticipeerd te worden voor de toekomst. Dat wil niet zeggen dat het ongeval in kwestie voordien ook al voorzienbaar was. Zie over deze materie in breder verband met name ook Van Boom 2003.

bepaalde gevallen een (verdergaande) plicht bestaan om daadwerkelijk actief in te grijpen in de ontstane situatie, teneinde deze bij te sturen.¹²⁸

3 Het toezichthouderdilemma

3.1 *Wat is een toezichthouderdilemma?*

Bij de nadere invulling van de zorgvuldigheidsnorm speelt naast al het voorgaande ook regelmatig het zogenaamde toezichthouderdilemma een rol. De situatie kan zich voordoen dat volgens de in beginsel geldende normen de toezichthouder zou moeten ingrijpen, bijvoorbeeld om de continuïteit van een bepaald bedrijf te waarborgen, maar dat tevens duidelijk is dat als de toezichthouder inderdaad ingrijpt en dat ingrijpen vervolgens in de openbaarheid komt, dat enkele feit een dusdanige impact op de markt zal hebben dat die continuïteit alsnog verloren zal gaan. Zodra er ingegrepen wordt, stort het vertrouwen volledig in en trekt iedereen zich terug. Hetzelfde probleem kan spelen ten aanzien van het moment van ingrijpen; waar de ene partij ingrijpen wellicht prematuur vindt, vindt een ander dat wellicht al te laat. In beide gevallen betekent dit dat twee belangen, bijvoorbeeld het belang van het instandhouden van het (vertrouwen in) het financiële systeem en het belang van de bescherming van beleggers en andere crediteuren van een bank, botsen.¹²⁹ De toezichthouder heeft dus soms enkel een keuze uit twee kwaden.¹³⁰

Een voorbeeld van een geval waarin een toezichthouderdilemma speelt, maar meteen ook een manier om dat te omzeilen, betreft de benoeming van een zogenaamde ‘stille curator’.¹³¹ Indien het slecht gaat met een financiële instelling, kan een stille

128 Denk aan de badmeester die te water moet om een drenkeling te redden. Over de hier genoemde zorgplichten in meer algemene zin Van Dam 2000, met name nr. 1206.

129 Zie Schilder/Nuijts 2004, p. 73, en Tison 2003, p. 4, die op de parallel wijst ten aanzien van gewone banken voorzover zij voor de keuze staan om al dan niet krediet te verstrekken aan een onderneming in financiële moeilijkheden. Op abstracter niveau bevinden bepaalde toezichthouders zich altijd in een dilemma of een ‘spagaatstand, zoals Schilder/Nuijts 2004, p. 68, het noemen. Aan de ene kant is de toezichthouder aangewezen op de onder toezicht gestelde (bijvoorbeeld voor informatie, vandaar ook hun geheimhoudingsplicht) om de doelen van het toezicht te kunnen bereiken, maar aan de andere kant mogen die toezichthouders hun onafhankelijkheid niet verliezen en mag de wens om het vertrouwen van de onder toezicht gestelde te behouden, niet in de weg staan aan ingrijpen omdat anders het publieke vertrouwen verloren gaat. Zie Schilder/Nuijts 2004, p. 68-69.

130 Zie hierover bijvoorbeeld Rb. Den Haag 13-6-2001, JOR 2001, 215 (Vie d’Or/PVK), r.o. 3.15, en Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d’Or); Schilder/Nuijts 2004, p. 75 (die aangeven dat hetzelfde dilemma ook tussen twee toezichthouders kan spelen, bijvoorbeeld indien de AFM een overtreding publiek wil maken en DNB dat juist niet wil); Haan-Kamminga 2003, p. 120; Van Rossum 2001, p. 22-23; *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 713, alsmede zeer uitvoerig hierover voor de therapeut: Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974).

131 Zie over die stille curator bijvoorbeeld Boshuizen 2001, p. 245 e.v.; Grundmann-van de Krol 2002, p. 411-414, en Kortmann/Janssen 1998, p. 115 e.v.

curator of stille bewindvoerder benoemd worden; het gaat dan om iemand die de handelingen van de organen van de rechtspersoon moet goedkeuren. Zo wordt getracht het bedrijf te redden. Dat een bewindvoerder wordt benoemd, wordt echter niet geopenbaard omdat dat nu juist een 'run' op de instelling zou veroorzaken die waarschijnlijk tot de ondergang ervan zou leiden.¹³²

Een volgend voorbeeld van een toezichthouderdilemma, is ontleend aan een geval uit de *Duitse* rechtspraak. In psychiatrische instellingen kan er een dilemma bestaan met betrekking tot de vrijheid die patiënten gegeven wordt. Aan de ene kant is een zekere bewegingsvrijheid therapeutisch wenselijk, terwijl die vrijheid aan de andere kant allerlei risico's met zich brengt, bijvoorbeeld een verhoogd gevaar op suïcide.¹³³ De instelling zal dan moeten afwegen wat in deze de beste en veiligste keuze is.

3.2 *Invloed op de aansprakelijkheidsvraag?*

De 'beperkte' keuze voor een toezichthouder zal bij de bepaling van de vereiste mate van zorgvuldigheid van die toezichthouder een belangrijke rol kunnen spelen.¹³⁴ Immers, binnen die zorgvuldigheidsafweging, zo volgt uit de *Kelderluik*-factoren, zullen ook de mogelijkheden en slagingskansen van alternatieve handelwijzen gewogen moeten worden. Indien de keuze er een is tussen twee kwaden, omdat krachtig ingrijpen tot onrust en dus schade zal leiden doch niet ingrijpen ook tot schade zal leiden, zullen haalbare (betere) alternatieven geregeld afwezig zijn. Dat zal dan betekenen dat de schade die uiteindelijk zal intreden,¹³⁵ waarschijnlijk minder snel verhaald kan worden op de toezichthouder.

Hoewel ik het belang van dit dilemma als zodanig en de invloed ervan, graag onderschrijf, is het echter de vraag of wij hier niet het gevaar lopen om te ver door te schieten. Immers, gedegen en gefundeerde conclusies over hoe met het toezichthouderdilemma omgegaan zou moeten worden in een aansprakelijkheidsprocedure, zijn niet bij voorbaat te geven. Het is te zeer afhankelijk van de specifieke omstandig-

132 In Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or) werd de PVK aansprakelijk gehouden omdat er niet op tijd toe overgegaan was zo'n bewindvoerder te benoemen. Zo werd meteen ook het beroep op het toezichthouderdilemma ontkracht (r.o. 7.19), want door een stille bewindvoerder te benoemen had de continuïteit gewaarborgd kunnen worden. Op die manier had namelijk ingegrepen kunnen worden zonder dat de markt het vertrouwen zou zijn kwijtgeraakt.

133 Zie BGH VersR 2000, 1240, op p. 1241. Het betrof de vraag of de balkondeuren afgesloten zouden moeten zijn in verband met het potentiële gevaar of dat ze juist open moesten vanuit therapeutisch oogpunt. Beslist werd dat behoudens bijzondere omstandigheden niet verlangd kon worden dat op deze afdeling alle deuren en ramen steeds dicht zouden moeten zijn.

134 Zie bijvoorbeeld Haan-Kamminga 2003, p. 12, en Schilder/Nuijts 2004, p. 73, die er nog op wijzen dat 'dringend overleg' dienstig kan zijn om normconform gedrag te bereiken.

135 Het zal dan waarschijnlijk wel van de uiteindelijke keuze van de toezichthouder afhangen wie de schade toebedeeld krijgt. Die keuze moet dan natuurlijk beredeneerd zijn (wat leidt tot de geringste schade?) anders volgt alsnog aansprakelijkheid van die toezichthouder. Een financieel toezichthouder zal dus niet standaard voor 'het vertrouwen in de markt' in plaats van de belangen van de beleggers mogen kiezen.

heden, de manier waarop zich het dilemma manifesteert, om van het begin af aan te kunnen bepalen hoe het opgelost zou kunnen worden, als dat al zou kunnen. In bepaalde gevallen zal bovendien blijken dat, hoewel dat eerst niet zo gezien werd, er toch geen werkelijk dilemma bestond en er wel een bepaalde uitweg voorhanden was.¹³⁶ In andere gevallen zal iemand, in eerste instantie de toezichthouder en later de rechter, een keuze moeten maken de ene of de andere kant op.¹³⁷

Civielrechtelijk betekent het voorgaande niet anders dan dat die keuze van de toezichthouder in beginsel gehonoreerd wordt en niet tot (schuld) aansprakelijkheid zal leiden, simpelweg omdat er niet gezegd kan worden dat er onzorgvuldigheid gehandeld is.¹³⁸ In die zin is het 'toezichthouderdilemma' als begrip eigenlijk overbodig, althans heeft het geen eigen, zelfstandige 'rechtsgevolgen'. Het 'rechtsgevolg' loopt immers via de normale voorwaarden voor aansprakelijkheid. De term als zodanig geeft echter kort en krachtig aan wat er op het spel staat en dat is dan ook de reden om die term te blijven benutten.

4 Conclusie

Gezien de stand van zaken in de rechtspraak op dit moment, meen ik dat naar Nederlands recht de zorgvuldigheidsnorm voor toezichthouders gekwalificeerd kan worden als zwaar of streng. Er wordt dus het nodige verwacht van onze toezichthouders. Die norm zoekt vanuit de Kelderluik-factoren uiteindelijk aansluiting bij de concrete informatie zoals die beschikbaar was, en dus bij de voorzienbaarheid. Beslissend lijkt derhalve wat de toezichthouder op welk moment wist of had moeten weten. Ook hier is kennis macht en zo blijkt de aansprakelijkheid van toezichthouders een heel gewone vorm van aansprakelijkheid te zijn.

Die voorzienbaarheid kan wel een probleem opleveren als een bepaalde handeling wenselijk is, hoewel tevens voorzienbaar is dat die koers tot schade voor een derde zou kunnen leiden, het zogenaamde toezichthouderdilemma. Indien dat aanwezig is en er schade ontstaan is door de door de toezichthouder in dat geval gemaakte keuze, leidt erkenning van dat dilemma er echter toe dat er niet onzorgvuldig gehandeld is door die toezichthouder. Qua rechtsgevolgen heeft deze notie dus geen eigen positie naast de zorgvuldigheidsnorm.

136 Vgl het voorbeeld van de stille bewindvoerder in Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or), r.o. 7.19.

137 Schilder/Nuijts 2004, p. 73, zelf nauw verbonden aan een toezichthouder (DNB), geven in het algemeen prioriteit aan de publieke belangen die met toezicht gemoeid zijn omdat die belangen nu eenmaal de reden voor het bestaan van de toezichthouder vormen.

138 Waarbij dan nog de vraag kan rijzen of het slachtoffer in zo'n geval met de schade zou moeten blijven zitten. In Frankrijk is dit opgelost door een risicoaansprakelijkheid te introduceren voor een zogenaamd 'fait d'autrui' ex art. 1384 al. 1 Cc, zie § VII.2.2.1, zodat er toch compensatie kan plaatsvinden zonder dat er iemand een verwijt gemaakt hoeft te worden. De vraag naar de wenselijkheid van een risicoaansprakelijkheid als het om toezicht gaat, wordt nog besproken in § XIII.3.

IX | De argumenten voor en tegen aansprakelijkheid

1 Inleiding

Nadat het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders naar Nederlands recht in de voorgaande hoofdstukken geschetst is en bepaald is waar de knelpunten zitten, gegeven de huidige stand van zaken, wordt in dit hoofdstuk een poging gedaan om de argumenten – en daarmee de rechtvaardigingen – voor of tegen aansprakelijkheid van toezichthouders op een rij te zetten (§ 2).¹ Tevens zal vooruit lopend op de slotbeschouwing in hoofdstuk XIII een voorlopige balans opgemaakt worden, gegeven de waarde die aan die argumenten toegekend mag worden (§ 3).

2 De argumenten voor en tegen aansprakelijkheid

2.1 *Noodzaak van een stevig fundament: over openstaande sluitingen en andere aansprakelijkheidsangsten*

Aansprakelijkheid van toezichthouders ten opzichte van een derde lijkt zich meer en meer voor te doen en kan aan verdere populariteit alleen nog maar winnen.² De huidige, algemenere tendens waarbij er eerder en vaker naar civielrechtelijke juridische middelen gegrepen wordt (met name de onrechtmatige daadsactie) om (vermeend) onrecht te herstellen, of wij dat nu ‘claimcultuur’ noemen of niet,³ zal daarvoor garant staan, zo lijkt het. De reden voor deze ontwikkeling lijkt ten eerste te zijn dat de slachtoffers (tegenwoordig) op zoek gaan naar een zo diep mogelijke ‘pocket’.⁴ Waarom ermee volstaan een psychiatrisch patiënt (waarschijnlijk niet al te welvarend, misschien niet eens verzekerd) in rechte te betrekken als je tevens het (in elk geval

1 Dit hoofdstuk bouwt voort op diverse eerdere publicaties van mijn hand over aansprakelijkheid en toezicht, en met name op Giesen 2003 en Giesen 2004.

2 Waarbij ik overigens (hoewel terughoudend omdat het hier ‘mijn’ onderwerp betreft en dat idee mijn oordeel zou kunnen beïnvloeden) nog wil opmerken dat dit leerstuk waarschijnlijk nog breder toepasbaar is dan nu al gedacht wordt. Diverse recente arresten van de Hoge Raad hadden bijvoorbeeld (expliciet) in de sleutel van toezicht gezet kunnen, en misschien ook wel moeten, worden, zie bijvoorbeeld HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda); HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.) en HR 28-5-2004 RvdW 2004, 76 (Hartmann/PJIAE).

3 Over dat fenomeen Faure/Hartlief, NJB 1999, p. 2007 e.v.; Faure/Hartlief 2002, p. 113 e.v., en zeer kritisch Van Dam, VR 2002, p. 209.

4 Met verdere verwijzingen Giesen, AV&S 2002, p. 106.

verzekerde) psychiatrische ziekenhuis kunt dagvaarden? Dan weet je als eiser in elk geval dat als je wint, ook uitbetaling zal volgen.

Er lijkt heden ten dage dan ook een trend te bestaan, het bleek al eerder, om (ook) de zogenaamde ‘peripheral tortfeasors’ in plaats van (of naast) de primaire dader aansprakelijk te houden voor geleden schade.⁵ Die ‘peripheral tortfeasor’, de ‘zijdelingse laedens’ of ‘secundaire dader’, zoals een toezichthouder, is meestal een solvante en/of verzekerde rechtspersoon en deze wordt aangesproken voor een kleine ‘misser’ die in combinatie met een grotere misser van een ander, de ‘primaire dader’, veelal een niet-solvante particulier, tot schade geleid heeft.⁶ Als voorbeeld noem ik naast de al meer genoemde psychiatrische inrichting die een patiënt ten onrechte onvoldoende bewaakt of ten onrechte weg stuurt,⁷ de notaris die niet gewaarschuwd heeft tegen de malversaties van de wederpartij van het slachtoffer.⁸ Denk echter ook aan de overheid die bijvoorbeeld niet (eerder) is opgetreden tegen overtreding van voorschriften door een vergunninghouder waardoor die een derde schade berokkent.⁹ Steeds heeft de ‘zijdelingse laedens’ de hem ter beschikking staande mogelijkheden om de situatie te controleren en te beheersen, niet of onvoldoende benut, terwijl anderen wel daarop zullen vertrouwen.¹⁰

Aansprakelijkheid van een toezichthouder is desondanks echter lastig te rechtvaardigen, ook dat werd al besproken, omdat de toezichthouder in veel gevallen niet zelf de belangrijkste oorzaak van de schade was.¹¹ Het gaat hier om een afgeleide aansprakelijkheid. Een ander (D) handelde in eerste instantie én (meestal) in overwegende mate onrechtmatig.¹² Daarbij komt dan nog dat het in de meeste gevallen ook nog eens gaat om een mogelijke aansprakelijkheid van die toezichthouder voor nalaten, een vorm van aansprakelijkheid die vaak iets terughoudender benaderd wordt.¹³

5 Zie de voorbeelden in § VIII.2.3.

6 Zie Giesen AV&S 2002, p. 105-106; Hartlief, NTBR 2002, p. 461; Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1676-1677, en, mede naar Amerikaans en Engels recht, Van Boom 1997, p. 135 e.v.

7 HR 12-5-1995, NJ 1996, 118 nt. JdB (‘t Ruige Veld/Univé) en HR 16-6-2000, NJ 2000, 584 nt. CJHB (St. Willibrord/V.); Van Dam 2000, nr. 1409, en § VIII.2.3.4.

8 Vgl. Van Boom 1997, p. 151, noot 66, verwijzend naar HR 18-12-1992, NJ 1994, 91 nt. EAAL (Dicky Trading I).

9 Zie daarover bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 26-5-2004, HA ZA 01-197, n.g. (Caldic Chemie e.a./Gemeente Rotterdam) waarin de gemeente aansprakelijk werd gehouden voor de schade door een brand na het niet tijdig en doortastend genoeg handhavend optreden tegen schending van vergunningsvoorschriften.

10 Vgl. Barendrecht 1999, p. 83.

11 Zie in dit verband in het bijzonder hoofdstuk III en *Davis v. Radcliffe* [1990] 1 W.L.R. 821, op p. 827.

12 Vgl. ook nog de inleidende opmerkingen in HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), r.o. 3.4, en hoofdstuk III.

13 Daarover hoofdstuk IV; Van Dam 2000, nr. 1606, en zeer uitvoerig, Van Dam 1995. Over de (onterechte) terughoudendheid bij aansprakelijk voor nalaten ook Spier (Van Maanen) 2003, nr. 53; Giesen AV&S 2002, p. 103-105, en Giesen 2004. Een derde element dat ook nog een rol zou kunnen spelen, is dat het bij toezicht geregeld om zuivere vermogensschade zal gaan, zie daarover in algemene zin Verschuur 2003, en Van Boom 2004 die de bescherming tegen dit soort schade iets ruimer zou willen trekken.

In het licht van dit alles is onvermijdelijk dat ook de vraag gesteld zal worden: gaat het allemaal niet te ver? Worden via de aansprakelijkheid van toezichthouders de spreekwoordelijke ‘sluizen’ van aansprakelijkheid niet te ver opengezet? Zal het gevolg daarvan dan niet zijn dat er een vorm van ‘defensive supervision’¹⁴ gaat ontstaan, zodat bijvoorbeeld scholen de leerlingen niet meer op het schoolplein laten spelen omdat dat een onoverzichtelijke situatie oplevert? We kunnen immers niet voortdurend alles en iedereen controleren.¹⁵ Dat deze vrees bestaat, is op zichzelf niet vreemd, want de aansprakelijkheid van toezichthouders kan inderdaad geassocieerd worden met (de nadelen van) wat dan wel ‘de claimcultuur’ genoemd wordt.¹⁶

Het lijkt echter noodzakelijk om de angsten voor bijvoorbeeld de eventuele ‘vloedgolven’ van aansprakelijkheid nog even te laten voor wat ze zijn¹⁷ en de aandacht eerst te richten (zoals in § 2.2 e.v. zal gebeuren) op het gehele palet van argumenten voor of tegen aansprakelijkheid van toezichthouders (en dus voor of tegen de wenselijkheid daarvan).¹⁸ Indien wij dan op zoek gaan naar de eventuele redenen en rechtvaardigingen voor of tegen de aansprakelijkheid van een toezichthouder ten opzichte van een derde, is het goed er ten eerste op te wijzen dat die aansprakelijkheid, indien aanwezig, in elk geval niet zodanig bijzonder zal zijn dat de toezichthouders bij voorbaat al een speciale behandeling zou moeten toekomen. Toezichthouders kunnen in principe aansprakelijk zijn, en die aansprakelijkheid kan nuttig en wenselijk zijn.¹⁹

14 Analoog aan ‘defensive medicine’ bij artsen en ‘defensive bureaucracy’ bij de overheid. Zie over die laatste variant Stolker, Levine & De Bel 2001, p. 108-109.

15 Zie Jurgens, NJB 2000, p. 1281.

16 Zie echter de kritiek op die notie bij Faure/Hartlief, NJB 1999, p. 2007 e.v.; Faure/Hartlief 2002, p. 113 e.v., en de afkeer van de hele claimcultuur-mythe bij Van Dam, VR 2002, p. 209.

17 Dat wij de angst voor de vloedgolven in elk geval voorlopig best even kunnen laten rusten, bewijst mijns inziens het gegeven dat de aansprakelijkheid van toezichthouders in allerlei soorten en maten al enige tijd aan de orde is in de rechtspraak (zie bijv. § VIII.2.3), zonder dat zulks tot wantoestanden geleid heeft. In dezelfde zin voor zuivere vermogensschade Verschuur 2003, p. 23 en 39.

18 De hierna besproken argumenten voor en tegen aansprakelijkheid worden los van elkaar behandeld in aparte paragrafen, maar dat is slechts gebeurd in de wetenschap dat die argumenten nooit helemaal onafhankelijk van elkaar gezien kunnen worden. Het vervolg van deze paragraaf sluit overigens nauw aan bij, en bouwt voort op, hetgeen hierover al in § IV.3.7 gesteld werd. Ik herhaal hier dat ‘controle’, hoewel op zich een belangrijke notie binnen dit onderzoek, geen zelfstandig argument kan zijn om de aansprakelijkheid van een toezichthouder te aanvaarden, zie § II.2.5, want die notie bepaalt veeleer of iemand eigenlijk wel als toezichthouder kan gelden. Het is dus hoogstens een eerste stap om tot toezichthouderaansprakelijkheid te kunnen komen, namelijk de stap die mede bepaalt of er een toezichthouder is.

19 Expliciet Hartlief, NTBR 2002, p. 461. Vgl. tevens Giesen, AV&S 2002, p. 108. Dat een ander (de primaire dader dus) ook (hoofdelijk) aansprakelijk is, doet hier niet aan af, zie nader Giesen, AV&S 2002, p. 106. Het onderstreept wel, ik wijs daar nu vast op, dat via aansprakelijkheid van de toezichthouder de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht gediend wordt. Met aansprakelijkheid van de toezichthouder naast die van de primaire dader, wordt immers de compensatiemogelijkheid verbeterd. Zie over die compensatiefunctie, ook in relatie tot onder andere preventie, Barendrecht, NJB 2002, voornamelijk p. 611-614.

2.2 Preventie

De aansprakelijkheid van een toezichthouder kan (in elk geval ten dele) hierop gebaseerd worden, ik wees daar al eerder op,²⁰ dat het vanuit een oogpunt van preventie van schade aantrekkelijk kan zijn die toezichthouder eraan te ‘herinneren’ dat hij in de sfeer van controle en voorkoming van ongelukken en schade een taak te vervullen heeft en dus om hem te prikkelen, via het aansprakelijkheidsrecht, om die taak ook (naar behoren) te behartigen.²¹ De mogelijke aansprakelijkheid van toezichthouder dient de preventie van schade doordat dit tot meer zorgvuldigheid van de kant van de toezichthouder zal leiden. Het voorgaande geldt eens te meer omdat langs die weg tevens te bereiken is dat de primaire dader geen (althans minder) schade veroorzaakt.²² De toezichthouder zal immers extra eisen aan de onder toezicht gestelde stellen, (mede) om zijn eigen aansprakelijkheid te ontlopen. Preventie betekent dan echter ook dat als de toezichthouder niet aan de eisen voldoet die de betreffende taak aan hem stelt, hij daarop aangesproken kan worden, net zoals elke andere organisatie of dienstverlener aangesproken kan worden wegens het onvoldoende behartigen van de opgedragen taak. De mogelijkheid van aansprakelijkheid prikkelt en werkt preventief.²³ Zodoende ondervangt men bovendien een nadeel van toezicht in algemene zin en van de mogelijke aansprakelijkheid van toezichthouders in het bijzonder, namelijk dat de onder toezicht gestelde zelf minder voorzichtig zou kunnen worden omdat er toch een toezichthouder is. Die toezichthouder zal immers ervoor trachten te zorgen dat dit effect niet intreedt.²⁴

Het geven van een dergelijke ‘incentive’ is eens te meer van belang in gevallen van toezicht, en dat rechtvaardigt ook meteen het werken met dit soort prikkels. Immers, de eventuele ‘normale’ aansprakelijkheid van de primaire dader zal veelal onvoldoende preventieve werking hebben, omdat die primaire dader geregeld ‘judg-

20 Giesen, AV&S 2002, p. 108-109.

21 Bijvoorbeeld Barendrecht, NJB 2002, p. 609, en NJB 2003, p. 957. Zie ook De Mot, NJB 2001 p. 1670 e.v. Ook Coulon 2003, no. 99, alsmede no. 214, 314 en 376, wijst met kracht op preventie van schade als rol voor het aansprakelijkheidsrecht in deze. Aansprakelijkheid moet de ‘surveillant’ prikkelen om zijn taak goed uit te voeren en een sanctie vormen als er een fout wordt gemaakt. Hij schroomt dan ook niet om de preventie van ongevallen te stimuleren door meerdere mogelijke aansprakelijke personen aan te wijzen, zie Coulon 2003, no. 229-231.

22 Zie bijvoorbeeld Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), p. 58 (toezicht op de accountant is een ‘incentive’ om zorg te betrachten); Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1583, en ook nog § 2.4 hierna. Vgl. in breder verband tevens nog Dari Mattiacci/Parisi 2002, p. 2 en 23. Preventie betekent weliswaar dat de toezichthouder ‘controle’ kan uitoefenen ter voorkoming van schade, maar de mogelijkheid van controle gaat vooraf aan toezicht, vgl. § II.2.5.

23 Zie in algemene zin hierover Faure/Hartlief 2002, p. 18 e.v.

24 Het mogelijke gevaar dat de *derde* niet meer oplet omdat er toch een toezichthouder is die moet opletten en eventueel aansprakelijk is indien dat niet geschied is, wordt mijns inziens ondervangen doordat die derde liever niet slachtoffer zal worden, ook al is eventueel schadevergoeding mogelijk, en doordat voor aansprakelijkheid in elk geval nodig is dat de toezichthouder een zorgvuldigheidsnorm geschonden heeft, hetgeen niet evident is. In principe zou de eigen schuldregeling hier ook genoemd kunnen worden, maar zoals nog zal blijken (§ X.4), ken ik daaraan slechts een zeer geringe betekenis toe als het om toezicht gaat.

ment-proof²⁵ of in elk geval weinig solvent is.²⁶ Deze kan de schadevergoeding als hij daartoe veroordeeld wordt, toch niet of nauwelijks betalen, en dat weet hij. Dat die primaire dader dus op zich wel (hoofdelijk) aansprakelijk is, is zonder meer juist, maar lost dat solvabiliteitsprobleem niet op en zal derhalve niet nader aansporen tot zorgvuldig gedrag.²⁷

Een tweede rechtvaardiging voor deze ‘incentive’ is hierin gelegen dat gevallen van toezichthouderaansprakelijkheid vaak gevallen zijn waarin het om zuivere vermogensschade gaat. Op dat vlak ontbreken echter met regelmaat mogelijke andere prikkels tot preventie (strafrecht) of werken die slechts ten dele (reputatie²⁸), zodat het civiele aansprakelijkheidsrecht hier mijns inziens niet gemist kan worden.²⁹ Bovendien spelen deze andere prikkels, zoals die vrees voor een reputatieaantasting, bij elke vorm van aansprakelijkheid een zekere rol, zodat dat enkele gegeven de aansprakelijkheid van een toezichthouder niet speciaal maakt of die aansprakelijkheid uit het oogpunt van preventie wellicht zelfs overbodig doet zijn.³⁰

De prikkel tot zorgvuldig gedrag zal naar mijn mening het meeste effect kunnen sorteren ten opzichte van de gevallen van een zogenaamd *concreet* toezichtsfalen, omdat in die gevallen na de melding of aanwijzing duidelijk zal zijn welke taak er

-
- 25 Het probleem dat de dader ‘judgment-proof’ is, zal zeker spelen bij gevallen van ‘massaschade’ doch minder evident bij de aansprakelijkheid van een onder toezicht gestelde ten opzichte van één enkele wederpartij zonder dat er sprake is van een omvangrijke schade. Maar dat zijn dan ook niet de gevallen waarbij de aansprakelijkheid van de toezichthouder snel in beeld zal zijn. Gevallen waarbij een toezichthouder betrokken is én er slechts sprake is van één of enkele slachtoffers met geringe schade, zijn mijns inziens zeldzaam.
- 26 Ten aanzien van een solvante dader, is aansprakelijkheid van een toezichthouder wellicht niet of minder noodzakelijk, maar die toezichthouder treft wel nog steeds een zelfstandig verwijt, zodat aansprakelijkheid wel gewoon mogelijk is.
- 27 Zie hierover met name De Mot, NJB 2001, p. 1674; Hamdani 2003, p. 11 en p. 3; Dari Mattiacci/De Geest 2003, en over het probleem dat een primaire dader ‘judgment-proof’ is, ook nog § III.2 hiervoor. Eerder heb ik betoogd (Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1677) dat de aanwezigheid van een secundaire dader de prikkel bij de primaire dader om zich zorgvuldig te gedragen, zou kunnen verminderen, zeker als bijvoorbeeld de overheid snel bereid is om in te springen (al dan niet onverplicht) en om de schade op zich te nemen. Koppel ik dat aan het probleem van het ‘judgment-proof’ zijn, dan concludeer ik nog steeds, anders dan Hartlief 2003, p. 43, dat de primaire dader om die reden hoogstwaarschijnlijk toch al onvoldoende geprikkeld wordt (ongeacht dat die prikkel er voor de primaire dader wel zou moeten zijn zoals Hartlief (op zich terecht) stelt), zodat de aansprakelijkheid van de secundaire dader nodig is om nog iets te redden. Zie reeds § III.3.2.2.
- 28 De prikkel die normaal gesproken uitgaat van het willen voorkomen van een reputatiebeschadiging, zal hier mijns inziens niet al te sterk zijn omdat er vaak weinig alternatieven zijn voor de ‘consument’ van het toezicht.
- 29 Zie Hartlief 2003, p. 42-43 en p. 44. Overigens, indien de toezichthouder tot de overheid behoort, wordt via deze aansprakelijkheid ook nog bereikt dat de schade maximaal gespreid wordt (over de gehele samenleving, zodat vele schouders de last tezamen dragen), vgl. Van Dijk, NTBR 2003, p. 194. Zie hierna nog § 2.9.
- 30 Ik ga hier niet nader in op dit thema. Wel noem ik nog de prikkel dat de Minister van Financiën voorzieningen kan treffen indien de toezichthouder zijn taak ernstig verwaarloost, zie art. 1:26 van de toekomstige Wft, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708.

wacht. Dat zal bij algemeen toezichtsfalen waarschijnlijk minder evident zijn. Echter, indien algemeen toezicht door een toezichthouder in zijn geheel ontbreekt, kan dat natuurlijk uiteindelijk ook aanleiding zijn voor aansprakelijkheid, zodat het aansprakelijkheidsrecht op dat vlak in elk geval stimuleert om (in enige mate) algemeen toezicht te houden.

De vraag die nog niet beantwoord is, maar die wel bespreking behoeft, is of het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk in zijn algemeenheid,³¹ of in elk geval voor het terrein van de toezichthouders, wel preventieve werking heeft of kan hebben. Wordt de toezichthouder er wel door geprikkeld? Laat de toezichthouder zich leiden door wat er qua aansprakelijkheid gebeurt?³² Of wordt preventie, voorzover aanwezig, bereikt door een ander mechanisme? Hoewel, door het ontbreken van harde gegevens, de onzekerheid op dit vlak maakt dat beantwoording van die vraag op dit moment eigenlijk niet (met voldoende zekerheid) mogelijk is, wil ik er wel dit over zeggen.³³

Het zou niet verstandig zijn de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht in zijn algemeenheid te overschatten. Zo zal naar mijn mening de preventieve prikkel die van aansprakelijkheid uitgaat in gevallen van verkeersaansprakelijkheid, een ondergeschikte rol spelen omdat mensen op dat vlak eerder geleid worden door de wens tot bescherming van eigen lijf en leden.³⁴ Dat zal echter bij toezicht en toezichthouders minder het geval zijn. Het betreft dan immers meestal potentiële gedaagden waarvan verwacht kan (en mag) worden dat die eerder (meer) rationeel handelen en de kosten en baten van hun handelen vrij specifiek en redelijk nauwkeurig zullen

31 Zie bijvoorbeeld Widmer 2002, p. 234, die meent dat het preventieve effect van aansprakelijkheid 'overestimated' is. Vranken 2003, § 4.5, meent dat zowel de aanwezigheid als de afwezigheid ervan geen feitelijke basis heeft. Visscher, RdW 2002, p. 71, concludeert dat de empirische vraag naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht geen eenduidig antwoord kent.

32 De vraag naar de preventieve werking staat daarmee in nauw verband met de vraag of aansprakelijkheid tot defensief gedrag (§ 2.8) zal leiden, vgl. bijvoorbeeld Wright, OJLS 1998, p. 10. Zo wordt in *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53, op p. 63-64, openlijk betwijfeld of een zorgplicht en de daaraan verbonden aansprakelijkheid wel een prikkel verschaft aan de politie en of dat niet eerder tot defensief gedrag zal leiden. Zie ook *Alexandrou v. Oxford* [1993] 4 All ER 328, op p. 340. Hier dient herhaald te worden dat ik over de vraag of de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht werkelijk (empirisch toetsbaar) bestaat, geen zekerheid kan verschaffen. Evenmin is overigens empirisch gegeven dat die werking er niet zou zijn. Zie ook Visscher, RdW 2002, p. 71, die concludeert dat de vraag naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht niet eenduidig te beantwoorden is. De kwestie is dan dezelfde als die in § 2.7 hierna over het 'floodgates' en 'defensive conduct'-argument. Dat alles laat echter onverlet dat de redenering zoals hier uiteen gezet, mijns inziens geldig en houdbaar is.

33 Zie bijvoorbeeld ook nog Van Dam 2000, nr. 825; Barendrecht, NJB 2002, p. 606; Spier (Van Maanen) 2003, nr. 9; Sieburgh 2000, p. 11; Cane 1999, p. 361 e.v.; Hartshorne e.a., MLR 2000, p. 519.

34 Zie bijvoorbeeld Giesen 2001, p. 155, 412 en 462, steeds met verdere verwijzingen. Zie verder nog Hartlief 2003, p. 61. Dat Visscher, RdW 2002, p. 71, concludeert dat op dit terrein de preventiedoelstelling juist het best bereikt wordt, zegt niet zo veel omdat de door mij genoemde reden dat preventieve effect van het recht zou kunnen versterken. Bovendien is het onderzoek dat die conclusie draagt, nogal wisselend qua uitkomst, zie p. 61-65.

afwegen. Ik noemde dat soort partijen eerder ‘geinstitutionaliseerde’ gedaagden.³⁵ Dat geldt op het vlak van toezicht voor toezichthouders als de AFM en DNB, maar in beginsel ook voor psychiatrische ziekenhuizen, scholen, gevangenissen en dergelijke.

2.3 *Vertrouwen*

Door (een vorm van) toezicht te introduceren, wordt de boodschap uitgezonden dat er iemand is die ‘waakt’, dat er een organisatie is die de belangen van anderen in het oog houdt. Om dat te kunnen doen, krijgt die toezichthouder ook bepaalde bevoegdheden en instrumenten tot zijn beschikking. Mocht blijken dat het toezicht een bepaalde schade voor een derde niet heeft tegen gegaan of voorkomen, dan kan in beginsel vastgesteld worden dat de toezichthouder de hem of haar ter beschikking staande mogelijkheden om de situatie te controleren en te beheersen, blijkbaar niet of onvoldoende benut heeft, ongeacht of dat in dat geval dan ook meteen verwijtbaar was.

Het probleem is vervolgens dat anderen, de benadeelde derden, er wel op hebben vertrouwd (en ook mochten vertrouwen) dat die toezichthouder zijn of haar werk zou verrichten en bepaalde schade dus zou voorkomen. Dat vertrouwen is terecht aanwezig, omdat het (eigenlijk) automatisch intreedt met het instellen van toezicht.³⁶ Door toezicht te introduceren, wordt – ik chargeer – gezegd: ‘wij nemen het over, slaap rustig en zorgeloos.’ Dat gewekte vertrouwen, of inmiddels beschaamde vertrouwen, is vervolgens een argument voor aansprakelijkheid van de toezichthouder of althans een argument voor een niet al te verkrampte benadering ten aanzien van de aansprakelijkheid van die toezichthouder.³⁷ Vreemd is dat ook niet, nu gewekt vertrouwen in algemenere zin als een argument voor aansprakelijkheid functioneert.³⁸

Bij dit alles komt nog dat indien de (lagere) overheid toezichthouder is, het argument van het ‘beschaamd vertrouwen’ nog iets sterker op de voorgrond zal treden dan in situaties waarbij alleen private partijen betrokken zijn. Immers, indien de

35 Giesen 2001, p. 462, noot 78.

36 Ik meen dan ook dat niet snel gezegd zal kunnen worden dat ‘het publiek’ of de ‘derde’ niet zal mogen vertrouwen of slechts beperkt zal mogen vertrouwen op het gegeven dat een toezichthouder aanwezig is om de onder toezicht gestelde te controleren, zoals Smits/Luberti 1999, p. 377, aanvoeren voor DNB.

37 Vgl. Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d’Or), r.o. 7.16: de PVK onderkende onvoldoende dat een tekort schietende administratie ‘een gevaar vormt voor al degenen die in het maatschappelijke verkeer op de soliditeit van een *onder toezicht staande* verzekeringsmaatschappij *vertrouwen*.’ (mijn curs., *IG*). Vgl. ook Tison 2003, p. 5; Onrechtmatige Daad VIII.2 (Lindenbergh), aant. 29, en Haan-Kamminga 2003, p. 127 (afwijzend).

38 Zie bijvoorbeeld, in het kader van de bewijsrisicoverdeling, Giesen 2001, m.n. p. 418. Ook in het kader van de algemene overheidsaansprakelijkheid speelt dit een wezenlijke rol, het gaat dan om het vertrouwensbeginsel, zie Van Dam 2002, p. 48. Overigens, deze notie van vertrouwen is nauw verbonden met (en wordt dan ook als argument nog versterkt door) de gedachte dat de derde vaak de afhankelijke partij is ten opzichte van zowel de toezichthouder als de onder toezicht gestelde. Die afhankelijkheidsrelatie, waarover in algemene zin ook Giesen 2001, p. 415, speelt hier dus ook mee.

overheid ertoe over gaat om regels uit te vaardigen, wekt zij meteen ook het vertrouwen dat deze regels gehandhaafd zullen worden. Was dat in het verleden al niet het geval, dan lijkt dat zeker in de huidige tijd waarin ‘gedogen’ niet langer gedoogd wordt, een wezenlijke rol te kunnen spelen.³⁹ De opkomst van bestuursrechtelijke ‘beginselplicht tot handhaving’ past ook in dat beeld.⁴⁰

2.4 *Ratio van toezicht*

In de derde plaats lijkt de ratio voor toezicht en daarmee voor aansprakelijkheid wegens gebrekkig toezicht (te weten: het voorkomen van letsel en gevaar; het scheppen en in stand houden van vertrouwen)⁴¹ eerder voor dan tegen (een streng regiem van) aansprakelijkheid te pleiten. Gezien die achtergrond zou namelijk extra gestimuleerd zou moeten worden – hetgeen dan zou kunnen geschieden via de prikkels die er van het aansprakelijkheidsrecht uitgaan – dat de toezichthouders er ‘bovenop’ zitten en de potentiële primaire daders er voortdurend aan herinneren dat zij zich correct zullen moeten gedragen.⁴² Hun mogelijke aansprakelijkheid prikkelt de toezichthouders om goed toezicht uit te oefenen (zie § 2.2), conform en indachtig de ratio van dat toezicht. Doordat dat toezicht goed en consequent uitgeoefend wordt, voelt ook de potentieel primaire dader zich gedwongen om zorgvuldig(er) te werk te gaan en dus om schade tegen te gaan.⁴³ De prikkel werkt hier dus in twee etappes. Anders gezegd: de ratio eist een prikkel (voor T) om (D) te prikkelen.

In het verlengde hiervan wijs ik nog op de basale, maar daarmee naar mijn mening niet minder aansprekende notie dat een toezichthouder uiteindelijk ‘gewoon’ een taak te verrichten heeft en indien hij die taak niet zorgvuldig uitvoert, zou hij daarvoor verantwoordelijk moeten zijn, net zoals ieder ander dat zou zijn bij onzorgvuldig gedrag. De functie van een toezichthouder is toezicht uitoefenen, dat is de taak waarvoor de toezichthouder is geschapen en de plicht die deze opgelegd heeft gekregen. Als dat niet of onvoldoende zorgvuldig gebeurd is, kan dat tot aansprakelijkheid

39 Vgl. Docters van Leeuwen/Kockelkoren 2004, p. 51, die als vierde taak (zie verder § II.2.2) aan een toezichthouder meegeven: ‘niet gedogen en scherp reageren’.

40 Zie bijvoorbeeld Vermeer, JBplus 2001; Van Setten 2004, p. 14 e.v., en § V.3.2.

41 Zie over de ratio van toezicht al § II.4, en bijvoorbeeld Tison 2003, p. 5.

42 Zoals dat bijvoorbeeld heden ten dage ook ten opzichte van de (rijks)overheid in haar rol als toezichthouder lijkt te gelden. Van die overheid wordt (tegenwoordig) immers handhaving (en dus toezicht) verwacht, zie ook § 2.3 hiervoor, en als dat niet gebeurd is, moet zij op de blaren zitten.

43 Vgl. bijvoorbeeld Dari Mattiacci/Parisi 2002, p. 2 en 23; Coulon 2003, no. 392-393, en Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1583. Haan-Kamminga 2003, p. 121, stelt dat de prikkel voor de primaire dader verdwijnt door de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Mijns inziens is dat niet het geval. Sterker nog, de mogelijkheden voor een toezichthouder als bijvoorbeeld de NMa om de primaire dader te sturen, zijn de laatste jaren uitgebreid. Zo is het mogelijk om sanctiebesluiten en vermeende overtredingen openbaar te maken, zie daarover Doorenbos, NJB 2003, p. 2190.

leiden, ook en vooral ten opzichte van derden.⁴⁴ Te kort door de bocht: zorg aanvaardden, is verantwoordelijkheid aanvaardden.

De basis van die plicht is mijns inziens dat degene die de zorg over een ander op zich neemt, daarmee ook verplicht wordt om derden tegen die persoon te beschermen. De zorg die een toezichthouder accepteert, aanvaardt hij niet alleen ten opzichte van de onder toezicht gestelde, maar ten opzichte van een ieder.⁴⁵ Dat de toezichthouder vervolgens aansprakelijk is voor eventuele schade, is goed te verklaren want als die toezichthouder de benodigde zorg niet kan waarmaken, was het wellicht op zichzelf al onzorgvuldig om het uitoefenen van toezicht op zich te nemen.⁴⁶

Het voorgaande geldt in de eerste plaats indien de toezichthouder tekort geschoten is bij de uitoefening van een wettelijke taakopdracht, maar evenzeer wanneer dat het de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm betreft waarvoor de toezichthouder zelfstandig een verwijt treft.⁴⁷

2.5 Redenen voor terughoudendheid

De diverse malen al genoemde terughoudendheid die de aansprakelijkheid van toezichthouders zou kenmerken,⁴⁸ is naar mijn mening niet juist. Die terughoudendheid zou, zo wordt gesteld, in zijn algemeenheid gelden voor aansprakelijkheid wegens een nalaten en voor vormen van afgeleide aansprakelijkheid, en daarom ook bij toezichthouders. Aansprakelijkheid van een toezichthouder is immers moreel gezien lastig(er) te rechtvaardigen, omdat de toezichthouder niet zelf de belangrijkste oorzaak van de schade was. Een ander (D) handelde in eerste instantie én (meestal) in overwegende mate onrechtmatig. Daarbij komt dan nog dat het vaak ook nog eens gaat om een (mogelijke) aansprakelijkheid in verband met een nalaten, hetgeen tot (nog) meer terughoudendheid leidt omdat dat betekent dat er een positieve plicht om te handelen

44 Zie ook McLean, OJLS 1988, p. 454, en Albers, NTB 2004, p. 208: toezicht dient juist ertoe om de veiligheid van burgers te garanderen, en dus dient er een verhoogde zorgplicht te zijn. Vgl. in dit kader ook Whincup, NLJ 1994, p. 23, die het argument dat je iemand niet aansprakelijk kunt houden voor de daden van een ander, aanlokkelijk noemt maar dan als volgt pareert: 'We still need to know why the regulatory body failed to fulfil the very purpose for which it was created.' Vgl. ook Coulon 2003, no. 367, en Hol 1995, p. 64, aangevend dat het hier om vereffende rechtvaardigheid gaat (bij onrechtmatige schadeveroorzaking is er recht op vergoeding van die schade).

45 Zie hierover Coulon 2003, no. 95 en 96, die hierbij dan weer aansluiting zoekt bij § 832 BGB, en daarover § VII.2.2.

46 Zie nogmaals Coulon 2003, no. 97. Voor plichten voortvloeiend uit een overeenkomst, concludeert hij hetzelfde in no. 287. Uiteindelijk concludeert hij (no. 369) in nog bredere zin dat een ieders activiteit de creatie van een risico op schade toestaat of begunstigd, zich moet inspannen om die bron van gevaar te controleren om schade te voorkomen.

47 Zie nader Hartlief 2003, p. 43 en 44. Doordat het hier een zelfstandig verwijt (onvoldoende toezicht) betreft, kan niet tegengeworpen worden dat de aansprakelijkheid (ten onrechte of op onjuiste wijze) cumuleert met die van de primaire dader.

48 Ook in Nederland, zie HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda); HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.).

moet bestaan, en dat is vaak lastig. Een plicht tot handelen opleggen, wordt als ingrijpender gezien dan een plicht opleggen om dingen niet te doen.

Mijns inziens dient dit alles met een flinke korrel zout genomen te worden, want deze redenen voor terughoudendheid lijken namelijk niet erg sterk, zoals ik eerder al heb betoogd.⁴⁹ Immers, dat aansprakelijkheid voor nalaten terughoudend bekeken zou moeten worden, wordt ten eerste tegengesproken door het gegeven dat er in toezichtrelaties een speciale relatie bestaat tussen de toezichthouder en degene op wie toezicht gehouden wordt (D). Zo'n speciale relatie kan juist wel een plicht tot handelen en dus aansprakelijkheid bij een nalaten, met zich brengen. Die relatie ontstaat (mede) omdat het bij toezicht gaat om het tijdig onderkennen, omdat de gewone burger de situatie niet zelf kan overzien, van gevaren of risico's en het eventueel ingrijpen.⁵⁰

Bovendien kan het argument dat de aanwezigheid van een afgeleide aansprakelijkheid tot voorzichtigheid zou nopen, eenvoudig ontkracht worden, omdat toezichthouders eigenlijk alleen maar afgeleid aansprakelijk kunnen zijn. In het begrip toezicht ligt immers besloten dat er altijd een primaire dader is, zelfs als D samenvalt met S, het slachtoffer. De consequentie van het niet accepteren van afgeleide aansprakelijkheid zou daarmee dus zijn dat een toezichthouder nooit aansprakelijk zou kunnen zijn, en dat is niet reëel of gewenst, laat staan rechtvaardig.⁵¹ Daar komt verder nog bij dat het verwijt dat de toezichthouder gemaakt wordt, uiteindelijk gewoon een zelfstandig verwijt is.

Bovendien, als al geaccepteerd zou worden dat de toezichthouder niet (alleen) aansprakelijk is of zou moeten zijn omdat hij de secundaire dader is, dan blijft nog steeds staan dat het slachtoffer, de derde, los van eventuele eigen schuld, in elk geval géén fout heeft gemaakt zodat er zeker geen reden is om de derde met de schade te laten zitten.⁵² Daarbij komt dan ook nog dat een immuniteit voor aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid van de toezichthouder zal verminderen en zo een 'moral hazard' scheidt, te weten een toezichthouder die minder stringent oplet omdat het niet nodig is scherper op te letten.⁵³ Dat de genoemde terughoudendheid (en de redenen ervoor) wellicht niet zo sterk is (en zijn), volgde overigens ook al uit de hiervoor besproken rechtspraak,⁵⁴ waaraan nog toegevoegd kan worden dat de aansprakelijkheid van ouders voor hun kind (art. 6:169 BW) ook een afgeleide aansprakelijkheid is, en die aansprakelijkheid wordt gewoon geaccepteerd.

49 Zie over het navolgende ook Giesen 2003, p. 332-333, en Giesen 2004, p. 19 e.v.

50 Uitvoeriger, met verwijzingen, Giesen, AV&S 2002, met name p. 105.

51 Giesen, AV&S 2002, p. 106. Minder terughoudendheid zou ook passen in de meer algemene trend om derden eerder aansprakelijk te houden, zie nader Mcivor, CLJ 2001, p. 126. Overigens, de notie van afgeleide aansprakelijkheid heeft wel degelijk enige temperende invloed, omdat daaruit volgt dat het argument van gevaarstelling hier geen rol speelt omdat de toezichthouder immers zelf geen gevaren scheidt (het verwijt is 'slechts' dat hij ze niet kon voorkomen).

52 In deze zin expliciet Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), p. 62.

53 Zie hierover Tison 2003, p. 6, alsmede p. 28 (aansprakelijkheid wel accepteren kan de reputatie van een toezichthouder verhogen en zo een 'competition for excellence' in gang zetten).

54 Zie § VIII.2.3.

2.6 Inbreuk op de 'vrije wil'

Voor de opvatting dat aansprakelijkheid bij nalaten een zeldzaamheid zou moeten zijn, worden naast het 'gevoelsmatige' argument dat aansprakelijkheid in dat geval terughoudend benaderd moet worden, drie argumenten gegeven in de Engelse zaak *Stovin v. Wise*. Als eerste wordt genoemd dat de inbreuk op iemands persoonlijke vrijheid groter is bij aanvaarding van een plicht te handelen dan bij aanvaarding van de norm om van bepaald handelen af te zien.⁵⁵ Op dat element van 'vrije wil' voortbordurend, wordt vervolgens in *Tomlinson v. Congleton Borough Council* betoogd dat 'people should accept responsibility for the risks they choose to run'. Omdat de zwemmer, eiser in die zaak, die na een duik in ondiep water zijn nek brak, 'freely and voluntarily' een activiteit ondernam die bepaalde risico's met zich bracht, en er op de landeigenaar daarom geen plicht rust die risico's te voorkomen, kon er geen aansprakelijkheid aangenomen worden.⁵⁶

Wat er verder in concreto van die uitspraak ook gezegd kan worden,⁵⁷ en los van het resultaat in dat geval, verdient het in elk geval overweging dat de vrije wil die hier zo hemelhoog geprezen wordt,⁵⁸ zich eigenlijk lastig verdraagt met de notie en het concept van toezicht als zodanig. In de kern dient toezicht dient immers, op iets abstractere wijze geformuleerd, ter bescherming van diegenen die, hoeveel vrije wil zij ook bezitten, niet optimaal daarvan gebruik (kunnen) maken, bijvoorbeeld omdat zij niet alle informatie hebben of niet alle informatie (kunnen) overzien.⁵⁹ Gegeven die achtergrond en die beschermende ratio, is het niet opportuun om vervolgens aansprakelijkheid in zijn algemeenheid af te wijzen, althans ver naar de achtergrond te dringen, op basis van de gedachte dat die vrije wil zich daarmee niet verdraagt. En als die vrije wil wel zo bepalend en overheersend zou moeten zijn dat aansprakelijkheid dus niet meer mogelijk kan zijn, dan zou men serieus moeten overwegen om maar helemaal van elke vorm van toezicht af te zien. Dat is eerlijker en geeft dan beter aan waar men aan toe is. Dat wekt dan geen, naar later blijkt, valse verwachtingen.

55 Zie Lord Hoffmann in *Stovin v. Wise* [1996] AC 923; [1996] 3 All ER 801, op p. 819, en § IV.3.7.

56 *Tomlinson v. Congleton Borough Council* [2003] UKHL 47, nr. 44-47 (per Lord Hoffmann).

57 Ik merk alleen op dat hoewel zwemmen in het betreffende water altijd al verboden was, dat al jaren toch gewoon gebeurde, terwijl er bovendien al eerder ongelukken waren gebeurd.

58 Lord Hoffmann zegt dat de afweging tussen risico's en individuele autonomie een oordeel van de rechter vergt 'which in England reflects the individualist values of the common law', zie *Tomlinson v. Congleton Borough Council* [2003] UKHL 47, nr. 47.

59 Zie hierover nader § I.1.1. Men zou ook kunnen stellen dat er met een zekere mate van onvoorzichtigheid door anderen rekening gehouden moet worden, vgl. de rechtspraak inzake arbeids- en verkeersongevallen, waarover in algemene zin Van Dam 2000, nr. 822, met verdere verwijzingen, en § VIII.2.4.4.

2.7 'Floodgates': wie zal het zeggen ...

Het wellicht meest pregnant aangevoerde argument om te verdedigen dat aansprakelijkheid (wegens falend toezicht, maar ook daarbuiten) zeldzaam zou moeten zijn, is het 'floodgates'-argument, gekoppeld aan de daarmee nauw verwante notie van 'defensive conduct' of hier 'defensive supervision' (§ 2.8). De grote vrees ten aanzien van het accepteren van (een niet louter theoretische vorm van) aansprakelijkheid van toezicht-houders lijkt derhalve te zijn dat daarmee de 'sluizen van aansprakelijkheid' te ver open gezet worden: te veel partijen zouden voor te hoge bedragen ten opzichte van te veel anderen aansprakelijk zijn. Dat moet tegengegaan worden. Ook de Hoge Raad is er niet ongevoelig voor.⁶⁰ Hier dient dan echter al direct opgemerkt te worden dat dit 'floodgates'-argument, of althans de vrees daarvoor, altijd van stal wordt gehaald als er ook maar iets van een ontwikkeling in de richting van een nieuwe of misschien wel verdergaande vorm van aansprakelijkheid in gang gezet wordt of lijkt te worden. Dat kan terecht zijn, maar het wekt ook achterdocht.

Het gemak waarmee het argument steeds ingebracht wordt, is zo pregnant⁶¹ dat ik er hier expliciet op wil wijzen dat die notie niet altijd bepalend is en dat ook niet altijd zou mogen zijn. Dat het 'floodgates'-argument kritisch beschouwd moet worden, is op zich overigens bekend. Ook de belangrijkste reden daarvoor is duidelijk: het is vaak lastig om aan te geven of het gevaar van 'floodgates' werkelijk dreigt.⁶² In dat kader wijs ik er dan nogmaals op dat de 'hinder' die een eventuele aansprakelijkheid voor toezichthouders met zich zou brengen – het *chilling effect* van aansprakelijkheid – feitelijk niet altijd aanwezig is. Dat volgt bijvoorbeeld uit het onderzoek dat dienaangaande verricht werd bij de Engelse brandweer, waaruit bleek dat de mogelijkheid van aansprakelijkheid niet leidde tot een defensieve opstelling van de brandweer

60 Zie bijvoorbeeld (op voordracht van A-G Spier, sub 4.42) HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), r.o. 3.4.3: '(...) niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan (...)'. Ook kritisch over de vrees van de Hoge Raad: Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1583. Verder kunnen ook de inleidende opmerkingen in HR 22-2-2002, NJ 2002, 240 (Kindertaxi) genoemd worden. Zie verder over het 'floodgates'-argument bijvoorbeeld Fairgrieve, P.L. 2002, p. 296.

61 Zeker in *Engeland* is dit een hardnekkige notie die in de rechtspraak veel weerklank vindt, zie bijvoorbeeld *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, met name p. 715-716, alwaar ook nog 'defensive conduct' opduikt als argument tegen aansprakelijkheid ('there is much force in these arguments'), hoewel de stemmingen ook in Engeland wel willen wisselen. In *Nederland* vraagt Spier met regelmaat in zijn conclusies en andere publicaties aandacht voor dit aspect van het aansprakelijkheidsrecht. Dat is op zich terecht, want als het aansprakelijkheidsrecht zou ontsporen, dient er een dam opgeworpen te worden, maar het argument is niet altijd even sterk en 'floodgates' mag geen toverwoord of autoriteitsargument worden. Als het niet te staven is, kan het niet doorslaggevend zijn. Zie hierna in deze paragraaf en bijvoorbeeld Vranken 2003, § 4.5.

62 Zie bijvoorbeeld Vranken 2003, § 4.5; Verschuur 2003, p. 23 en 39; Van Boom 2004, p. 33, alsmede Elvin, LQR 2003, p. 561, die terecht diverse slagen om de arm houdt naar aanleiding van de aansprakelijkheid van een scheidsrechter (bij rugby).

en ook niet tot te hoge lasten wegens het afkopen van aansprakelijkheid.⁶³ Dat gegeven doet wat mij betreft afbreuk aan de potentiële kracht van het ‘floodgates’-argument. Als de invloed ervan niet te onderbouwen is, zal het argument zelf ook niet snel doorslaggevend kunnen zijn.⁶⁴

Ook los daarvan is het argument overigens niet zonder meer bruikbaar.⁶⁵ Waar het om gaat, zo stelt Van Boom terecht, is dat de rechter steeds moet trachten om alle gevolgen van een uitspraak in ogenschouw te nemen. Indien dan het voorzienbare gevolg van een uitspraak zou zijn dat er gedaagden tot een onbepaalbaar bedrag aansprakelijk zouden zijn jegens een onbepaalbaar aantal personen, dan kan dat reden zijn om niet tot aansprakelijkheid te besluiten. Vraag is dan wel nog wat ‘onbepaalbaar’ betekent. Daarbij gaat het vaak om onbekende aantallen potentiële slachtoffers, om het gegeven dat het om ongelukken gaat en om de onbekende hoogte van het schadebedrag. Beide laatste spelen altijd in het aansprakelijkheidsrecht en voegen dus weinig nieuwe elementen aan de afweging toe. Het eerste punt kan van belang zijn, maar vaak is het aantal slachtoffers juist wel redelijk te bepalen.⁶⁶ ‘Onbepaalbaarheid’ is al met al dus niet zonder meer gegeven, zodat het tevens raadzaam lijkt om het ‘floodgates’-argument niet te snel in te zetten.

63 Zie Hartshorne e.a, MLR 2000, p. 502 e.v., en daarover ook Vranken, WPNR 6428 (2001), p. 16, naar aanleiding van *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865, waarin overigens het argument op p. 891 resoluut van de hand gewezen wordt. Vgl. verder Craig & Fairgrieve, P.L. 1999, p. 635, en *Perret v. Collins and Others* [1998] 2 Lloyd’s Law Reports 255, op p. 276-277 (per Buxton LJ). Zie over de geringe kracht van het hieraan verwante argument van de kostenstijgingen door aansprakelijkheid ook Hol 1995, p. 62-63.

64 Ik ben mij er volledig van bewust dat met dit enkele voorbeeld niet hét bewijs geleverd is dat dit argument nooit zou opgaan. Voor- én tegenstanders tasten in deze in het duister (vgl. Vranken, WPNR (6428) 2001, p. 16, en Vranken 2003, § 4.5). Wellicht mag ik het voorbeeld wel benutten om de bal naar de voorstanders van het argument terug te spelen? Een tweede reden daarvoor zou deze kunnen zijn dat het ‘floodgates’-argument in elk geval niet kan overtuigen als het betrekking heeft op het aantal claims dat bij de rechter komt. Zie Van Boom 2004, p. 33, ten aanzien van gevallen van zuivere vermogensschade.

65 Immers, dat er eventueel veel vorderingen ingediend worden, zegt op zichzelf niets over de juistheid van die vorderingen. Als het handelen van de gedaagde verkeerd was, was het verkeerd, ongeacht het aantal slachtoffers.

66 Zie Van Boom 2004, p. 34-35. Die onbepaalbaarheid is ook meteen de reden waarom in bepaalde gevallen het gevaar van onverzekerbaarheid dreigt. Als onbepaalbaar (niet in te schatten) is hoeveel schade er geleden zal worden, kunnen de premies niet goed berekend worden en dan worden verzekeraars nerveus. Toch een verzekering aanbieden, kan dan betekenen dat zou kunnen blijken dat die premies in het verleden te laag zijn geweest, zodat er verlies wordt geleden. Als aantal en omvang van de claims redelijk bepaalbaar zijn, speelt dat niet. Overigens, het enkele feit dat risico’s moeilijk voorspelbaar zijn of de omvang van de potentiële schade onzeker is, betekent niet automatisch dat er een situatie van ‘onverzekerbaarheid’ dreigt. Zie hierover in algemene zin Faure/Hartlief 2002, p. 137 e.v., met verdere verwijzingen.

2.8 'Defensive conduct': ook onduidelijk

Ten aanzien van de nauw aan de notie van 'floodgates' gelieerde mogelijkheid dat aansprakelijkheid zou kunnen leiden tot wat dan 'defensief toezicht' zou kunnen heten, geldt in wezen hetzelfde. Wij weten niet of aansprakelijkheid zo werkt dat mensen bepaalde taken niet meer of slechts zeer voorzichtig zullen uitvoeren.⁶⁷ In de advocatuur schijnt de angst voor claims een rol te spelen,⁶⁸ maar als dat inderdaad het geval zou zijn, harde gegevens ontbreken ook hier, dan is dat op zich niet verrassend. Binnen de advocatuur is men immers, veel meer dan elders, precies op de hoogte van de 'gevaren' van het aansprakelijkheidsrecht zodat men in die hoek extra voorzichtig, te voorzichtig wellicht, zal zijn. Het is dus ten dele, als ik zo vrij mag zijn, beroepsdeformatie die hier een rol speelt, hoe terecht de genomen voorzorgsmaatregelen op zich ook zijn. Buiten de advocatuur is er naar mijn weten echter geen overtuigend bewijs voorhanden dat er zoiets bestaat als defensief gedrag naar aanleiding van aansprakelijkheid.⁶⁹

Daarnaast wijs ik er nog op dat zelfs als er zoiets zou bestaan als defensief gedrag⁷⁰ in verband met de vrees voor aansprakelijkheid, dat op zichzelf nog niet voldoende zou zijn als argument tegen die aansprakelijkheid. Immers, indien vastgesteld is dat iemand door het onzorgvuldige optreden van een ander schade heeft geleden, valt niet in te zien hoe die persoon een schadevergoeding onthouden zou kunnen worden omdat die toekenning in zijn algemeenheid tot ofwel hogere premies

67 Ik noem hier bijvoorbeeld Fairgrieve, P.L. 2002, p. 25-296, en Levine, 100 Colum. L. Rev 1538 (2000), p. 1567-1568, die aldaar aangeeft dat de literatuur verdeeld is over het effect van een eventuele veranderde overheidsaansprakelijkheid, het onderwerp van zijn artikel: zowel defensief gedrag, meer zorgvuldig gedrag als helemaal geen of nauwelijks enig effect zijn mogelijk. Sugarman, 50 UCLA Law Review 585 (2002), p. 617, geeft aan dat de therapeuten niet massaal afgehaakt zijn na de uitspraak in *Tarasoff v. The Regents of the University of California* 17 Ca. 3d 425; 551 P.2d 334; 131 Cal. Rprt. 14; 83 A.L.R. 3d 1166, waarover § IV.3.3. Visscher, RdW 2002, p. 66, concludeert voor de medische beroepen dat er geen bewijs is voor een 'chilling effect' van dreigende aansprakelijkheid.

68 Ik ontleen deze informatie aan mededelingen vanuit de beroepsgroep, verkregen bij cursussen over toezicht en aansprakelijkheid. Of die informatie representatief is, weet ik niet.

69 Opnieuw: bewijs dat er geen defensieve houding wordt aangenomen, is er eigenlijk ook niet, zie de hiervoor genoemde bronnen. Ik noem verder nog Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), p. 50 en 52, die aangeeft dat de 'research' die er is, 'inconclusive' is. In die zin ook Markesinis, CLJ 2000, p. 303 en 304, en Wright, OJLS 1998, p. 3 en 10 ('unsupported by empirical evidence'). In *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865, op p. 890, wilde Lord Stuart-Smith er niet van weten. Zo ook McLean, OJLS 1988, p. 454. In *Marc Rich & Co AG v. Bishop Rock Marine Co Ltd. (The Nicholas H)* [1995] 3 All ER 307, op p. 331, gaf Lord Steyn echter aan dat er wel sprake moest zijn van een effect in de richting van 'defensive conduct'. In die zin ook Haan-Kamminga 2003, p. 122, en Smits/Luberti 1999, p. 380 ('adverse consequences ... for the exercise of supervision.').

70 Gelieerd aan de notie van defensief gedrag is nog het argument dat vorderingen van een bepaalde soort allerlei praktische moeilijkheden (tijd en kosten) met zich brengen. Omdat dergelijke moeilijkheden niet in de weg kunnen staan aan vorderingen tot schadevergoeding (dat speelt namelijk altijd en voor iedere gedaagde partij), ga ik er aan voorbij. Zie nog Fairgrieve, P.L. 2002, p. 295.

ofwel ander gedrag (bijvoorbeeld intensiever en dus kostbaarder toezicht) zal leiden.⁷¹ Zulks zou dan niet meer zijn dan een (negatief) gevolg van een eerder gemaakte, bredere keuze om onzorgvuldig handelen te ‘beboeten’ en zou dan op de koop toe genomen moeten worden. Het beginsel is uiteindelijk immers nog steeds dat onzorgvuldig (onrechtmatig) handelen tot schadevergoeding leidt. Daarnaast wordt er nog op gewezen dat een zorgplicht evenzeer tot hogere zorgvuldigheid zou kunnen leiden.⁷²

Bovendien mag niet over het hoofd gezien worden dat dit argument, indien al geldig, met evenveel kracht ingebracht zou kunnen (en dan wellicht ook moeten) worden op vele andere, meer ‘klassieke’ terreinen van het aansprakelijkheidsrecht zoals de aansprakelijkheid voor verkeers- en arbeidsongevallen.⁷³ Op die terreinen komt het argument echter niet of nauwelijks naar voren zodat de gedachte post zou kunnen vatten dat het hier typisch een argument betreft dat van stal wordt gehaald om nieuwe ontwikkelingen bij voorbaat te beteugelen, soms, zo lijkt het wel, zonder de merites van de kwestie werkelijk onder ogen te zien.

2.9 Compensatie

De compensatiefunctie die het aansprakelijkheidsrecht vervult,⁷⁴ zou natuurlijk gediend zijn indien een toezichthouder zonder zwaardere of extra voorwaarden of zelfs eenvoudiger dan gebruikelijk, aansprakelijk gesteld zou kunnen worden. Hoe eenvoudiger de vaststelling van aansprakelijkheid verloopt, hoe beter immers deze compensatiefunctie gediend zal worden.⁷⁵ Dit is ook de lijn die in Frankrijk gekozen lijkt te zijn bij de creatie van een risicoaansprakelijkheid voor bepaalde toezichthouders.⁷⁶

Compensatie kan naar mijn mening echter *ten hoogste een ondersteunend argument* zijn voor het aannemen van (een nieuwe vorm van) aansprakelijkheid. Dat ligt hieraan

71 Zie *Perret v. Collins and Others* [1998] 2 Lloyd’s Law Reports 255, op p. 277 (per Buxton LJ). Vgl. ook Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003), p. 52, die concludeert dat het hier om een normatieve vraag gaat.

72 Zie onder andere Fairgrieve, P.L. 2002, p. 295.

73 Markesinis, CLJ 2000, p. 303.

74 Daarover onder andere Hartlief 1997, p. 16 e.v.; Faure/Hartlief 2002, p. 8-10; Barendrecht, NJB 2002, p. 606 en 611 e.v.; Markesinis/Deakin 1999, p. 36 e.v., en inzake smartengeld Verheij 2002, nrs. 335 en 339. In iets breder verband: Bloembergen/Lindenbergh 2001, nr. 5-8.

75 Zie ook Barendrecht, NJB 2003, p. 957. Daarbij zal dan ook nog relevant zijn in hoeverre de schade betrekking heeft op zuivere vermogensschade of op letselschade, waarbij die eerste variant minder snel tot compensatie zal leiden, vgl. bijvoorbeeld Spier in zijn conclusie voor HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), sub 4.45.1, en in meer algemene zin Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 434, en Van Boom 2004. Overigens zal het niet zo zijn dat een toezichthouder aansprakelijk is ten opzichte van een ‘derde’ enkel en alleen omdat de primaire dader insolvent blijkt, zoals Haan-Kamminga 2003, p. 121, suggereert. Er moet de toezichthouder wel een *Kelderluik*-verwijt te maken zijn; de insolventie is slechts aanleiding om de blik te verruimen richting de toezichthouder, zie § III.2.

76 Zie verder Coulon 2003, no. 43, 70 e.v. en no. 99, en in algemene zin no. 371, alsmede § VII.2.2.1 hiervoor.

dat compensatie eerder een *gevolg* is van een eventueel en mede op basis van andere argumenten genomen beslissing om iemand aansprakelijk te houden.⁷⁷ De uiteindelijke vraag die door het aansprakelijkheidsrecht moet worden beantwoord, is of iemand al dan niet compensatie verdient en in het bijzonder ook wanneer en waarom dat dan het geval is.⁷⁸ Voor het antwoord op die vraag dienen diverse argumenten gewogen te worden, en kan de noodzaak of de wens om tot compensatie voor het slachtoffer te komen, wellicht van enige invloed zijn, maar daarvoor kan die compensatiegedachte als argument op zichzelf niet doorslaggevend zijn. De uiteindelijke en meest relevante vraag is immers óf compensatie nodig is. Zo ja, dan kan het aansprakelijkheidsrecht dat regelen.

Om de aansprakelijkheid van toezichthouders te funderen, is compensatie derhalve op zichzelf niet geschikt. Het kan mijns inziens echter wel een steunargument zijn. In bepaalde gevallen kan de wens en/of noodzaak van compensatie namelijk zo voor de hand liggen – rechtspolitiek gezien zal compensatie dan, meestal onder de vlag van ‘slachtofferbescherming’,⁷⁹ ernstig gewenst zijn – dat zulks op zichzelf (mede) pleit voor het aannemen van aansprakelijkheid. Mocht dat echter het enige argument zijn, dan zal dat als onvoldoende moeten worden beoordeeld.

2.10 *Spreiding van schade en kosten van aansprakelijkheid*

In nauw verband met de compensatiegedachte pleit nog wel voor aansprakelijkheid van toezichthouders de gedachte van *spreiding* van de schade (de kosten).⁸⁰ Als (in het bijzonder) de overheid maar ook andere toezichthouders aansprakelijk zijn, worden de kosten van dat falend (overheids)toezicht over ons allen verspreid via verzekeringen, doorberekening van kosten en/of belastingen.⁸¹ Dat kan een extra reden opleveren om te pleiten voor aansprakelijkheid. De ultieme redengeving voor die schadespreiding zou dan de gedachte van onderlinge solidariteit zijn: meer schouders kunnen meer dragen. Een voorbeeld van een groep gevallen waarin een dergelijke vorm van solidari-

77 Vgl. in deze Sieburgh 2000, p. 177-179 (onder andere handelend over slachtofferbescherming als doel maar niet als grondslag voor aansprakelijkheid). Zie ook Hartlief 1997, p. 17-18, inzake vergoeding van schade en slachtofferbescherming.

78 Als men stelt dat één van de doelen van het aansprakelijkheidsrecht is om te bepalen of schade voor compensatie in aanmerking komt (zie bijvoorbeeld Barendrecht, NJB 2002, p. 611), is dit dus de manier waarop die functie van het aansprakelijkheidsrecht begrepen moet worden. De functie van het aansprakelijkheidsrecht is niet louter om compensatie te geven, het doel van het aansprakelijkheidsrecht is om te bepalen *wanneer* compensatie bereikt kan worden, zie nader Faure/Hartlief 2002, p. 9-10.

79 Barendrecht, NJB 2002, p. 611, stelt compensatie in wezen gelijk aan slachtofferbescherming. Dat is overigens in zijn algemeenheid de constructie die nodig lijkt te zijn om via het concept van ‘compensatie’ tot een argument voor compensatie te komen.

80 Hartlief 1997, p. 19, en Faure/Hartlief 2002, p. 8, noemen spreiding als één van de functies van het aansprakelijkheidsrecht.

81 Zie ook Van Dijk, NTBR 2003, p. 194 en principieel Hol 1995, p. 64.

teit wat mij betreft gewenst zou zijn, betreft de gevallen waarin TBS-ers op verlof (toch weer) de fout in gaan en schade voor totaal willekeurige burgers veroorzaken.⁸²

Tegen aansprakelijkheid vanuit de gedachte van spreiding van schade pleit echter, in de gevallen waarin de overheid de gedaagde partij is, dat het in principe niet aan de rechter is om ons belastinggeld te verdelen. Spreiding van kosten en schade is dan aan de politiek.⁸³ Daarbij dient overigens wel bedacht te worden dat elk aansprakelijkheidsordeel tot (een vorm van) schadespreiding leidt, zodat de positie van de rechter in gevallen van toezicht in die zin eigenlijk niet bijzonder is ten opzichte van wat gebruikelijk en in het aansprakelijkheidsrecht normaal is. Het tegenargument is dan wellicht ook niet zo heel sterk,⁸⁴ tenzij men er de ultieme consequentie uit zou trekken en het aansprakelijkheidsrecht in zijn geheel bij de rechter zou weghalen. Dat is echter niet eenvoudig denkbaar. Specifiek voor de zojuist genoemde TBS-gevallen zou de tegenwerping dat schadespreiding aan de politiek is, nog eenvoudig te omzeilen zijn indien de wetgever een risicoaansprakelijkheid voor die gevallen zou invoeren. Dan zou de rechter verlost worden van zijn herverdelende taak en meteen de in de rechtspraak gekozen lijn (geen aansprakelijkheid, ook niet uit rechtmatige daad) gecorrigeerd kunnen worden.⁸⁵

Voor wat betreft de *kosten of lasten* van het toezicht en de mogelijkheid van aansprakelijkheid van een toezichthouder, merk ik in meer algemene zin nog het volgende op.⁸⁶ Wat het geldende systeem van toezicht in Nederland uiteindelijk kost, is niet goed te bepalen omdat de opbrengst (de baten minus de kosten) ervan eigenlijk niet te berekenen is. Dat het hierbij om fikse bedragen zal gaan, zowel aan de kostenkant als aan de batenkant, zal duidelijk zijn, maar wat dat dan per saldo oplevert of kost, is minder evident. De reden daarvoor is dat het niet mogelijk is om de *baten* voldoende in kaart te brengen, omdat het eventuele succes van toezicht niet te meten is.⁸⁷

Een voorbeeld: ongetwijfeld is toezicht in psychiatrische instellingen zeer kostbaar, maar het is eveneens zeer wel denkbaar dat zelfs mét die extra kostenpost het instituut psychiatrie nog steeds goedkoper is dan het alternatief om de opvang van patiënten in eigen (familie)kring te laten geschieden, bijvoorbeeld omdat die familie dan niet meer beschikbaar is voor betaalde arbeid. Een tweede voorbeeld: is toezicht door twee

82 Zie het al meermalen genoemde arrest HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.) en daarover mijn opmerkingen in § VIII.2.3.9, waarbij ik er op wees dat ook bij de aansprakelijkheid van ouders voor hun kind de gedachte van spreiding van schade een rol speelt (zie Haentjes/Du Perron 2003, p. 175).

83 Zie in de context van toezicht al Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1681.

84 Anders dan ik eerder meende, zie de vorige noot.

85 Ik besprak deze rechtspraak eerder in § VIII.2.3.9.

86 Zie over het kostenaspect van het aansprakelijkheidsrecht indringend Barendrecht, NJB 2002.

87 Zie § I.1.3, en de verwijzing aldaar naar Goodhart 2001, p. 154 en 157, alsmede mijn opmerkingen in § 2.12 hierna ten aanzien van de (niet-)meetbaarheid van het succes van een toezichthouder. Illustratief is in dit kader dat bij het wetsvoorstel inzake de invoering van toezicht op accountants, de lasten daarvan tot achter de komma nauwkeurig bepaald zijn, terwijl de baten ervan enkel in algemene woorden zijn weergegeven, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 34-36, resp. p. 34.

schoolmeesters op het schoolplein nu werkelijk zoveel duurder dan toezicht door één schoolmeester, gegeven het feit dat beide toch al op school aanwezig zijn? En is dat eventueel ook zo indien die extra kosten worden afgezet tegen de lasten die de extra ongevallen van kinderen bij minder toezicht met zich brengen? Nogmaals: de opbrengst per saldo is onduidelijk.

Eén en ander betekent tevens dat ook het saldo van de kosten en baten van de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op toezichthouders – in de kern is dat immers een vorm van toezicht op toezicht⁸⁸ – niet te bepalen is. Uiteraard leidt de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht tot kosten, en dat zal evenzeer gelden als het om aansprakelijkheid van een toezichthouder gaat.⁸⁹ Het betreft bijvoorbeeld de kosten van (extra) voorzorgsmaatregelen, de kosten van de schadeafwikkeling (inclusief eventuele procedures over de vraag of de genomen voorzorg voldoende was) en de meer indirecte, emotionele lasten.⁹⁰ Bij dat alles geldt echter nog steeds dat die (kosten)zijde van de medaille afgezet zal moeten worden tegen de baten die niet meetbaar zijn, én dat dit soort kosten bij elke vorm van aansprakelijkheid een rol spelen zodat het enkele bestaan ervan op zichzelf dus niet zal kunnen rechtvaardigen dat een toezichthouder niet aansprakelijk zou zijn.⁹¹ Voor het overige wijs ik er nog op dat de kosten van preventie hier van een behoorlijke rem voorzien zijn en dus niet eindeloos zullen oplopen. Wat immers nodig is, is zorgvuldig handelen, meer niet. Meer voorzorg (tegen meer kosten) dan dat, is dus niet nodig. Door toepassing van de *Kelderluik*-norm is een toezichthouder derhalve zeker niet altijd aansprakelijk en is er dus een stevige grens gesteld aan de in acht te nemen zorgvuldigheid.

Omdat het mijns inziens geen zin heeft om over het punt van de kosten en de baten in het wilde weg te speculeren, zal ik dit gezichtspunt neutraal moeten benaderen. Dat betekent dat ik er voorlopig vanuit ga dat het kostenaspect niet vóór, doch ook niet tégen de aansprakelijkheid van toezichthouders pleit.⁹²

2.11 En hoe zit het dan met beleidsvrijheid?

Omdat aansprakelijkheid van toezichthouders vaak (mede) gaat over de aansprakelijkheid van een (deel van de) overheid, rijst ook vrij snel de vraag naar de invloed van de notie van beleidsvrijheid op die aansprakelijkheid. Voorzover het inderdaad om de aansprakelijkheid van een overheidsorgaan gaat, want anders speelt de eventuele

88 Zie hierna § 2.12, en eerder al § 1.1.1. Dit wordt ook wel meta-toezicht genoemd.

89 Vgl. ook Barendrecht, NJB 2003, p. 957 (aansprakelijkheid is kostenfactor van belang).

90 Suggesties om die kosten te verminderen, zie Barendrecht, NJB 2002, p. 616, dienen dan ook ter harte te worden genomen.

91 Vgl. Wright, OJLS 1998, p. 11-12.

92 Om toch een klein beetje te speculeren: gezien de mijns inziens vrij sterke preventieve prikkels (§ 2.2) die van 'het instituut' toezicht en van de mogelijke aansprakelijkheid van toezichthouders uitgaan, meen ik dat de lasten van het aansprakelijkheidsrecht wel zeer hoog zullen moeten zijn om te kunnen concluderen dat die lasten de baten overtreffen.

beleidsvrijheid geen rol,⁹³ geldt naar mijn mening, en in navolging van wat ik eerder al betoogde (§ V.4), het volgende. Uit het feit dat de overheidstoezichthouder tot op zekere hoogte beleidsvrijheid geniet, zal een zekere mate van terughoudendheid ten aanzien van de aanvaarding van aansprakelijkheid kunnen voortvloeien. De beleidsvrijheid wordt dan echter meegewogen in het oordeel of er zorgvuldig gehandeld is.⁹⁴ Dit wil dan niet zeggen, zo herhaal ik hier, dat er dan ook standaard alleen maar marginaal getoetst zou mogen worden⁹⁵ en concrete aanwijzingen van ‘misstanden’ genegeerd zouden kunnen worden. Een concrete misstand waarop de toezichthouder attent gemaakt wordt, dient aangepakt te worden.⁹⁶

Sterker nog, in een geval van concreet toezichtsfalen komt aan de notie van beleidsvrijheid onvoldoende gewicht toe om (enkel op die basis) aansprakelijkheid af te wijzen. De reden daarvoor is dat met die concrete aanwijzingen meteen ook de vrijheid van handelen van het overheidsorgaan ingeperkt is; bij concrete aanwijzingen verdwijnt, althans vermindert, de beleidsvrijheid. Anders gezegd: als een (dreigende) misstand bekend is, dient het hele toezichts- en handavingsregister opengetrokken te worden om schade voor een derde te voorkomen. Gebeurt dat niet, dan is er sprake van onrechtmatig nalaten, leidend tot aansprakelijkheid, en dan gaat een beroep op beleidsvrijheid niet op.⁹⁷ Omdat via de toets aan de zorgvuldigheidsnorm het belang van de beleidsvrijheid al meegewogen is, zou het in zoverre ook mogelijk zijn om

93 Het is op zich voorstelbaar dat andere toezichthouders dan de overheid ook een beroep zouden kunnen doen op iets dat als ‘beleidsvrijheid’ door het leven zou kunnen gaan. Die partij zou zich dan mogen beroepen op de (commerciële) keuzes die nu eenmaal, dat geldt ook buiten het domein van de overheid, gemaakt moeten worden omdat nu eenmaal niet permanent alles aangepakt kan worden. Er is echter niemand, voorzover ik kan overzien, die dit serieus verdedigt, mijns inziens omdat het dan eigenlijk de ‘gewone’ vraag betreft waar de handelingsvrijheid van een actor zijn grens vindt in verband met de gerechtvaardigde belangen van een ander om niet geschaad te worden. Een en ander leidt er dan wel toe dat wij private partijen tot grotere zorg (ook ten aanzien van onvermijdelijke keuzes) aanzetten dan wij van de overheid verwachten (vgl. Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1678, ten aanzien van regelgevingsfalen, waarbij dezelfde discrepantie zichtbaar is). Dat effect wordt echter ingedamd doordat een toezichthouder soms meer vrijheid van handelen heeft als hij in een toezichthouderdilemma geraakt, vgl. Giesen, AV&S 2002, p. 108; Van Rossum 2001, p. 22-23.

94 Zie al § V.4, en Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d’Or), r.o. 7.5. Vgl. bijvoorbeeld ook *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1987] 2 All ER 705, op p. 714. Daarbij merk ik nog op dat dit vaak één van meerdere (en in dit hoofdstuk ook genoemde) argumenten is dat een rol speelt in de totale afweging of ‘public policy’ aan een vordering in de weg staat.

95 Zo ook Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d’Or), r.o. 7.5, en voordien al Van Rossum 2001, p. 20-21; Giesen, AV&S 2002, p. 103.

96 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 26-5-2004, HA ZA 01-197, n.g. (Caldic Chemie e.a./Gemeente Rotterdam).

97 Zie nader § V.4.3, en Van Boom/Giesen, NJB 2001, p. 1679. Ik herhaal hier dat de regering dat anders ziet voorzover het gaat om de invoering van de nieuwe Wft, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 19. Men gaat er zonder verdere discussie, bijvoorbeeld met Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d’Or), van uit dat er een marginale toets geldt, maar dat is vooral preken voor eigen parochie.

die notie als zodanig niet langer te gebruiken, maar dat is waarschijnlijk ‘wishful thinking’.

2.12 *Meta-toezicht en ‘accountability’*

Als ondersteunend argument voor de aansprakelijkheid van toezichthouders zou nog aangevoerd kunnen worden, aansluitend bij de eerder al beschreven preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, dat de mogelijkheid van aansprakelijkheid meteen ook een vorm van toezicht op de toezichthouder schept. Het betreft dan dus (een vorm van) *meta-toezicht* door een particulier in plaats van meta-toezicht door bijvoorbeeld de overheid.⁹⁸ Daarbij dient de overheid zich dan wel meteen te realiseren dat deze vorm van meta-toezicht dan ook uitgeoefend zal worden op de overheid als toezichthouder, zodat het niet in de rede ligt om al te terughoudend te zijn ten opzichte van civielrechtelijke claims van burgers tegen de overheid zelf. Maar dat terzijde.

Het grote voordeel van zo’n vorm van meta-toezicht is mijns inziens dat dat bijdraagt aan de, in modern Nederlands, ‘accountability’, de verantwoordelijkheid, van de toezichthouders.⁹⁹ Dat is belangrijk om twee samenhangende redenen.¹⁰⁰ Ten eerste speelt hier een grote rol dat toezichthouders in beginsel succesvol zijn indien ‘rampen’ – bijvoorbeeld de ineenstorting van het financiële systeem, het wegvallen van het consumentenvertrouwen, dood of letsel – uitblijven en voorkomen worden. De maatstaf voor succes is dus nogal vreemd, want het gaat daarbij om de afwezigheid van een niet-gewild evenement. Echter, te dien aanzien kan nooit met zekerheid bepaald worden of die afwezigheid te danken is aan het juiste opereren van de toezichthouder of aan puur geluk.¹⁰¹ Eventueel succes is dus *niet meetbaar*. Maar omdat het om het voorkomen van ‘rampspoed’ gaat, is er tegelijk wel een natuurlijke tendens bij toezichthouders om zich daartegen te ‘verzekeren’, te wapenen

98 Dit sluit dan in ieder geval mooi aan bij het wensenpakket van het kabinet Balkenende-II dat immers graag appelleert aan de eigen verantwoordelijkheid van de burger, vgl. bijvoorbeeld het Kabinetstandpunt ‘Rechtstaat en rechtsorde’ (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 1, p. 4) en het Actieprogramma ‘Andere overheid’ (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 362, nr. 1, p. 35). Het sluit ook aan bij de nota Bruikbare rechtsorde (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 9, p. 12) waarin gewag wordt gemaakt van het vervangen van toezicht door toezicht op het zelfregulerende systeem. Het aansprakelijkheidsrecht zou dan wellicht dat systeem kunnen zijn. Hoe dat dan eventueel doorwerkt op de mogelijke opkomst van een ‘claimcultuur’, laat ik buiten beschouwing.

99 Voor een definitie van de term ‘accountability’ en een uitvoerige behandeling van de elementen daaruit, zie Lastra/Shams 2001, p. 167 e.v. ‘Accountability is essential’, aldus Whincup, *NLJ* 1994, p. 24.

100 Los van het hierna volgende, vormt de ‘accountability’ van toezichthouders een probleem omdat die moeilijk te realiseren is, want er moet veel met vertrouwelijke informatie van de onder toezicht gestelde gewerkt worden, zie Goodhart 2001, p. 163. Tegelijkertijd is die ‘accountability’ zeer belangrijk, vgl. Page 2001, p. 148: ‘Subject a regulator to too many controls and its effectiveness may be impaired; subject it to too few controls and its legitimacy may be impaired, with consequences no less serious for its effectiveness.’.

101 Goodhart 2001, p. 154.

door over-regulering en over-toezicht, en indien het mis gaat, door te trachten te voorkomen dat dat resultaat als een falen wordt gezien.¹⁰² Dat kan bereikt worden door af te spreken met de onder toezicht gestelde dat een bepaalde maatregel nagelaten wordt in de hoop dat maatregelen van die laatste partij zelf uiteindelijk de situatie zullen oplossen. Meta-toezicht via civielrechtelijke aansprakelijkheid kan in dat soort gevallen een (noodzakelijke) correctie aanbrengen.

Ten tweede is de moeilijke meetbaarheid van succes een probleem in die zin dat dat ertoe leidt dat men succes gaat afmeten aan het *proces* van toezicht houden: hoeveel bezoeken aan onder toezicht gestelden zijn er afgelegd? Hoeveel boetes zijn er uitgedeeld?, et cetera.¹⁰³ Die gegevens zeggen echter weinig, want een heel slechte toezichthouder kan best heel veel bezoeken afgelegd hebben. Dat er tijd en energie aan iets besteed wordt, wil niet zeggen dat die tijd en energie ook goed besteed is.¹⁰⁴ Het zou dus goed kunnen zijn om een externe partij de kwaliteit van het toezicht te laten bepalen – waarbij die externe partij focust op de inhoud van het toezicht en dus verder gaat dan alleen het proces van toezicht – en dat kan mijns inziens (mede) geschieden in de vorm van meta-toezicht door particulieren in de zojuist bedoelde zin.¹⁰⁵

2.13 *Verskil in waardering van de argumenten*

Bij bestudering, weging en waardering van de hiervoor genoemde en de eventueel nog andere, niet genoemde argumenten,¹⁰⁶ is het wenselijk rekening te houden met het fenomeen dat de waardering voor een bepaald argument kan verschillen al naar gelang de situatie waarin het argument ingeroepen wordt. Zo heeft McLean terecht aangegeven dat het nodig is om in elke soort zaak opnieuw naar de ‘policy issues’ te kijken en dat de argumenten voor en tegen aansprakelijkheid niet in elke soort zaak evenveel kracht hebben. Zo is het naar *Engels* recht minder verrassend te constateren dat de aansprakelijkheid van een financiële toezichthouder argwanend bekeken wordt,

102 De afhankelijkheid van de toezichthouder en de onder toezicht gestelde ten opzichte van elkaar, bijvoorbeeld waar het gaat om het verkrijgen van informatie, zie bijvoorbeeld Schilder/Nuijts 2004, p. 11 en 68, versterkt deze neiging.

103 Vgl. bijvoorbeeld het Jaarverslag over 2003 van de AFM (Amsterdam 2004, zie www.afm.nl) waarin dit soort gegevens prominent figureren.

104 Goodhart 2001, p. 162.

105 Vgl. Goodhart 2001, p. 162 en 164. Hij stelt overigens voor om een commissie van deskundigen alle financiële toezichthouders ter wereld te laten beoordelen en ‘ranken’.

106 Ik zou niet durven betogen dat de voorgaande lijst helemaal compleet is, maar voorlopig zie ik geen andere argumenten die een wezenlijke invloed hebben op de beoordeling. Het *profijtbegin-sel* is hier van weinig waarde omdat elke partij profijt heeft van goed toezicht en omdat het bij toezichthouders meestal niet om winstgenererende ondernemingen gaat. *Gevaarzetting* speelt hier geen rol omdat de toezichthouder zelf geen gevaren schept (het verwijt is dat hij ze niet kon voorkomen) zodat in zoverre de notie van afgeleide aansprakelijkheid zeker wel enige temperende invloed heeft. Een eventuele *grondrechtelijke dimensie* speelt uiteraard alleen indien er een grondrecht in het geding is, en in hoeverre dat dan nog doorslaggevend zal zijn, is betwist, vgl. Smits 2003.

als bedacht wordt dat de aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade altijd al zeer terughoudend benaderd wordt. Maar om die lijn dan ook meteen door te trekken naar gevallen waarin de toezichthouder dient acht te slaan op de veiligheid en het welzijn van anderen, is een ander verhaal.¹⁰⁷

Evenzeer kan het niet sanctioneren van het onzorgvuldig uitoefenen of zelfs geheel nalaten van een inspectie – bijvoorbeeld van een restaurant, waardoor iemand een voedselvergiftiging oploopt – in bepaalde gevallen gezien worden als een totale ontkenning van het doel waarvoor de betreffende toezichthouder is opgericht. In dat licht bezien zullen argumenten tegen aansprakelijkheid die verband houden met de vrees voor ‘defensive conduct’, niet erg sterk overkomen.¹⁰⁸ Aansprakelijkheid van toezichthouders wordt zo bezien dus een vrij flexibel systeem, waarbij de uitkomst afhankelijk is van de toezichthouder die het betreft.¹⁰⁹

3 De voorlopige balans

3.1 De argumenten bij elkaar genomen

De mogelijkheid van aansprakelijkheid van een toezichthouder is mijns inziens gebouwd op een degelijk fundament, dat kort gezegd op de volgende pijlers rust. De wenselijkheid, noodzaak en mogelijkheid van *preventie van schade*, gekoppeld aan het *opgewekte doch beschaamde vertrouwen* en de *ratio van toezicht* (toezichthouders zijn geschapen om toezicht te houden, die taak moeten zij met voldoende zorg uitvoeren) pleiten onmiskenbaar voor een – eerder ruimhartige dan milde – vorm van aansprakelijkheid van toezichthouders.

Dat oordeel wordt versterkt doordat de eventueel aanwezige redenen voor een zekere *terughoudendheid ten onrechte* als zodanig te boek staan. Dat het om een *nalaten* en om een *afgeleide aansprakelijkheid* gaat, doet als argument tegen aansprakelijkheid onvoldoende ter zake, en datzelfde geldt voor de notie dat *de ‘vrije wil’ in gevaar* zou zijn. Voeg daarbij dat de waarde van het argument dat de *‘floodgates’* via deze vorm van aansprakelijkheid zouden worden opengezet en dat zulks dan tot *‘defensive conduct’* zou leiden, op zijn zachts gezegd twijfelachtig is, en dan heeft het er alle schijn van dat er een voldoende solide basis aanwezig is om toezichthouders een ten minste normale mate van, en soms wellicht ook wel verscherpte mate van, verantwoordelijkheid op te kunnen leggen.

Dat *compensatie* op zichzelf geen argument is voor aansprakelijkheid (maar eerder een gevolg van) en de notie van *spreiding van schade* wellicht ook niet direct in de

107 Zie hierover McLean, OLJS 1988, p. 452 en p. 453. Bovendien is ook in Engeland niet iedereen ervan overtuigd dat vermogensschade een andere behandeling zou moeten krijgen, zie Whincup, NLJ 1994, p. 24.

108 Zie McLean, OLJS 1988, p. 454.

109 Zie voor een expliciete afweging van een bundel van argumenten Lord Stuart-Smith in *Capital and Counties plc v. Hampshire CC* [1997] 2 All ER 865, op p. 890-891.

ene of ander richting wijst, doet daaraan niet af. Die beide elementen pleiten immers ook niet tegen aansprakelijkheid. Ook het gezichtspunt van de *kosten van het aansprakelijkheidsrecht* wijst niet één bepaalde kant uit. *Beleidsvrijheid* bestaat in bepaalde gevallen wel voor toezichthouders, maar is uiteindelijk niet beslissend omdat die vrijheid geen onbeperkte vrijbrief geeft. De notie van ‘*accountability*’ pleit vervolgens weer voor aanvaarding van aansprakelijkheid. Bij dit alles verdient overigens wel aandacht dat de waarde van de gebruikte argumenten per toezichthouder kan verschillen.

Uiteindelijk is naar mijn mening de conclusie meer dan gerechtvaardigd dat voor de (princiële mogelijkheid van) aansprakelijkheid van toezichthouders op zichzelf een voldoende rechtvaardiging gevonden kan worden. Die rechtvaardiging is in elk geval sterk genoeg om te mogen concluderen dat de aansprakelijkheid van toezichthouders een heel gewone vorm van (schuld)aansprakelijkheid is die dan, zo voeg ik er aan toe, via een weging van de *Kelderluik*-factoren (en de rem op aansprakelijkheid die daarin zit) beoordeeld wordt.¹¹⁰

De vraag hoe ver die aansprakelijkheid vervolgens precies gaat of moet gaan, en hoe zwaar die is of zal moeten zijn, is dan afhankelijk van die *Kelderluik*-afweging maar ook nog van enkele andere aspecten, zoals de mogelijkheid het bewijs te kunnen leveren en de mate waarin de eventuele eigen schuld van het slachtoffer doorwerkt. Ik kom daar in het slothoofdstuk, na behandeling van deze en enkele andere kwesties in de hierna volgende hoofdstukken, op terug. Voordien dient echter nog het volgende gezegd te worden over de verhouding tussen die overige aspecten en de toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm.

3.2 *Geldt dit ten aanzien van elke voorwaarde voor aansprakelijkheid?*

Tot nu toe is in het bijzonder de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW ontleed en is onderzocht welke argumenten van belang zijn bij het oordeel over hoe die norm zou moeten luiden en hoe die norm verder ingekleurd zou kunnen worden. De overige vereisten voor aansprakelijkheid (schade, relativiteit, causaal verband¹¹¹), zijn nog

110 Wellicht is die rechtvaardiging wel zo sterk dat er zelfs voor een verdergaande vorm van aansprakelijkheid gepleit zou kunnen worden. Ik meen dat dat (als uitgangspunt) niet het geval is, maar daar kom ik nog op terug in § XIII.3.

111 Ik heb tot nu toe over de zorgvuldigheidsnorm in de zin van art. 6:162 gesproken, en daarbij geen onderscheid gemaakt tussen de onrechtmatigheid ex lid 2 van dat artikel en het toerekenings- of schuldvereiste van lid 3. Dat is bewust gedaan. Wat mij betreft, is met het oordeel dat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in de zin van lid 2 geschonden is, in beginsel ook de schuld (en/of de mogelijkheid van toerekening) van de toezichthouder gegeven. Zo dat al niet in zijn algemeenheid zou gelden (anders Sieburgh 2000, p. 97 e.v.), zou dat naar mijn mening in elk geval voor toezichthouders moeten gelden omdat het daar uiteindelijk om de ‘schuld’ van ‘de organisatie’ (de AFM, DNB, de sportvereniging, het ziekenhuis) gaat, hetgeen een toerekeningskwestie is die niet snel in het voordeel van de toezichthouder zal uitpakken. En bij overheids-toezichthouders is met de onrechtmatigheid de toerekening vrijwel altijd gegeven, zie ook nog Albers, NTB 2004, p. 208. Vandaar dat toerekening hier niet als aparte voorwaarde genoemd wordt en verder niet apart in deze studie aan bod is gekomen of nog zal komen.

niet echt aan bod geweest. Is het dan niet zo dat de zojuist getrokken conclusie hier te vroeg komt, omdat de voorwaarden die het aansprakelijkheidsrecht stelt, nog niet allemaal doorlopen zijn? Dat laatste is op zich juist, maar dat wil niet zeggen dat wij nu, na bespreking van de zorgvuldigheidsnorm, weer van voren af aan moeten beginnen.

Vastgesteld is immers, op basis van gedegen argumenten, dat aansprakelijkheid van toezichthouders wenselijk is en dus mogelijk moet zijn. Daaruit volgt dan echter ook dat die aansprakelijkheid niet alsnog volledig te niet gedaan mag worden langs een andere weg. Uiteraard moeten de overige vereisten voor aansprakelijkheid besproken en toegepast worden, en kan dat tot afwijzing van aansprakelijkheid leiden als daaraan niet voldaan is, maar de uiteindelijke (rechtspolitieke) beoordeling van de vraag of aansprakelijkheid in zijn algemeenheid gewenst is, is een gepasseerd station en daarop kan naar mijn mening niet meer teruggekomen worden. Dat antwoord moet dus verdisconteerd worden, en dat betekent dan weer dat de overige vereisten voor aansprakelijkheid geen fundamentele dam tegen aansprakelijkheid zullen mogen opwerpen. Voorzover men mijn analyse deelt en aansprakelijkheid zinvol acht, kan men dus niet hierna alsnog gaan betogen dat de relativiteit of het causale verband in zijn algemeenheid aan die aansprakelijkheid in de weg staan.

Specifiek vanuit de voorwaarden voor aansprakelijkheid bekeken, kan dit ook zo gesteld worden: indien de inhoudelijke argumenten tégen aansprakelijkheid zouden pleiten, zou die aansprakelijkheid vervolgens kunnen worden afgewezen via de zorgvuldigheidsnorm, maar evenzeer via bijvoorbeeld de beleidsvrijheid of de relativiteitseis. Eveneens zou dan de causaliteit ingeroepen kunnen worden of zou het procesrecht van stal gehaald kunnen worden om een dam op te werpen. Dat maakt verder niets uit, want het verandert niets aan de argumentatie die achter dat oordeel (afwijzing van aansprakelijkheid) schuilt. Omgekeerd betekent de keuze vóór aansprakelijkheid dat die overige voorwaarden de aansprakelijkheid van toezichthouders niet meer in zijn algemeenheid kunnen blokkeren.

X | Relativiteit, causaal verband en eigen schuld

1 Inleiding

Het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) brengt in de eerste plaats met zich dat de geschonden norm dient te strekken ter bescherming van de benadeelde. Het is nog maar de vraag of dat in alle gevallen van toezicht wel altijd zo is. In § 2 wordt deze vraag nader geanalyseerd.

Het causaliteitsvereiste leidt er vervolgens toe dat voor aansprakelijkheid, naast de schending van een zorgvuldigheidsnorm, vereist is dat de schade niet ingetreden zou zijn als de fout van de toezichthouder niet gemaakt zou zijn. Het gaat dan om het *condicio sine qua non*-verband. Daar het hier veelal om een nalaten gaat, dient beoordeeld te worden of een gepaste handeling van de toezichthouder de schade voorkomen zou hebben. (§ 3.2).¹ Bovendien kan hier ook nog een rol spelen dat degene die de schade lijdt, zelf de uiteindelijke beslissing nam om een bepaalde activiteit door te zetten. Ook dat bemoeilijkt de beantwoording van de causaliteitsvraag. Kan aanvaarding van een proportionele aansprakelijkheid, bijvoorbeeld op basis van de ‘verlies van een kans’-theorie, wellicht soelaas bieden? In § 3.3 komt deze leer kort aan bod. En hoe zit het met de zogenaamde secundaire causaliteit, de toerekening van bepaalde schadeposten aan de aansprakelijke persoon (§ 3.4)? In hoeverre speelt daarbij nog een rol dat de schade veelal zuivere vermogensschade betreft?

Na vaststelling van de causaliteit, doemt de volgende, daarmee samenhangende kwestie op die ik bespreek in § 4. In hoeverre is het mogelijk de aansprakelijkheid van een toezichthouder voor wat betreft de omvang in te perken door middel van een beroep op eigen schuld?²

1 Deze situatie levert niet alleen materieelrechtelijke, maar ook bewijsrechtelijke problemen op. Ik ga daar in hoofdstuk XII nader op in.

2 Bij lezing van het navolgende dient de lezer er acht op te slaan dat er hierna geen uitvoerig exposé zal volgen ten aanzien van de huidige stand van zaken van het positieve Nederlandse recht met betrekking tot de genoemde leerstukken. Veeleer wordt er op basis van die bekend veronderstelde stand van zaken geanalyseerd hoe die bestaande regels uitpakken als deze toegepast worden op de aansprakelijkheid van toezichthouders.

2 Relativiteit

Onderzocht zal moeten worden in hoeverre het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW een ongewenst obstakel voor aansprakelijkheid of wellicht juist een wenselijke of noodzakelijke beperking van aansprakelijkheid zou kunnen vormen. Dat de relativiteits-eis een dam tegen aansprakelijkheid op kan werpen, is algemeen bekend en vormt de achtergrond van die leer.³ De in dat kader relevante vraag of de overtreden norm strekte tot bescherming van de benadeelde in het geschonden belang,⁴ lijkt bij toezicht niet altijd eenvoudig positief beantwoord te kunnen worden zodat aansprakelijkheid daarop kan afstuiten.⁵

Voorzover het toezicht immers een (min of meer) publiekrechtelijk doel dient, zoals bijvoorbeeld bij het toezicht door DNB op de banken, hetgeen erop gericht is het vertrouwen in het bankwezen op peil te houden, kan er gerede twijfel over bestaan of de voor die verhouding geldende normen ook beogen te beschermen tegen schade van derden, te weten de crediteuren van de onder toezicht gestelde banken.⁶ Zo werd in Duitsland ten aanzien van het toezicht op de banken bijvoorbeeld expliciet bepaald dat het toezicht in het algemeen belang wordt uitgeoefend. Voordien was in de rechtspraak overigens anders beslist.⁷

Ook bij andere vormen van overheidstoezicht kan zich hier een probleem voordoen. Denk aan de keuring van vaartuigen door de Scheepvaartinspectie.⁸ In dit kader rijst dan ook opnieuw de meer algemene vraag wat de mogelijke invloed is van de publiekrechtelijke status van een toezichthouder. In hoofdstuk V is daarover al het nodige gezegd. De conclusie daar luidde, in grote lijnen, dat de positie van de overheid in principe niet de gebruikelijke beoordeling en toepassing van de geldende regels zou mogen vervangen. Dat betekent voor de relativiteitsvraag dat die gewoon gewogen en beoordeeld zal moeten worden zoals dat altijd gebeurt, ook als de overheid er niet bij betrokken zou zijn. In het ene geval zal dat bijvoorbeeld betekenen dat de normen

3 Zie nader Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 95.

4 Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 95 e.v. Bij de vraag of aan die norm voldaan is, komt het volgens HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), zie r.o. 3.4.1, 'aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt'.

5 Een voorbeeld is het arrest HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), dat hierna nog aan de orde komt.

6 Volgens Smits/Luberti 1999, p. 378, dienen de normen die voor DNB gelden in beginsel ook ter bescherming van deze derden.

7 Zulks werd neergelegd in de oude § 6 van de *Gesetz über das Kreditwesen* en in enkele aanverwante wetten bijvoorbeeld over verzekeringstoezicht, zie nader Habscheid 1988; Tison 2003, p. 11; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 357 e.v. Zie verder nog § XI.3.4.

8 Zie de instructieve conclusie van A-G Spier voor HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda). Volgens Albers, NTB 2004, p. 208-209, speelt de relativiteitseis bij overheidstoezicht slechts een beperkte rol omdat de overtreden normen (brandpreventie) meestal ook strekken tot bescherming van het geschonden belang (letselschade bij bezoekers door brand).

die tussen de onder toezicht gestelde en de overheidstoezichthouder gelden, ook doorwerken ten gunste van de derde; in een ander geval zal dat niet zo zijn.

Ook los van de positie van overheidsorganen⁹ kan de relativiteitsleer een rol spelen bij gevallen van falend toezicht. Dat geldt eens te meer omdat het dan om een driepartijenverhouding gaat. Denkbaar is immers dat een norm voor een toezichthouder wel ziet op voorkoming van schade bij of voor de onder toezicht gestelde D, maar niet voor S, de benadeelde derde.¹⁰ Ik meen echter dat in deze aan de relativiteitsleer niet al te veel waarde gehecht kan worden. Bij toezicht, en in het bijzonder bij een mogelijke vordering van een derde ten opzichte van een toezichthouder, gaat het zeer vaak (mede) om ongeschreven zorgvuldigheidsnormen en bij die normen is de relativiteit in beginsel al ingebakken in de zorgvuldigheidsnorm zelf. Als de zorgvuldigheidsnorm zoals in dat geval geformuleerd, inderdaad geschonden is, is de relativiteitsdrempel in beginsel ook genomen. Beide vereisten lopen gelijk op.¹¹ In het arrest Staat/Shell heet het dan ook:¹²

‘Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht hoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig gehandeld heeft (...). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.’

Geheel in lijn hiermee werd in de *Nusse Brink*-zaak dan ook overwogen dat de norm die tot behoorlijk toezicht verplicht, ook strekte ter bescherming van de belangen van de professionele deelnemer aan het beursverkeer (en niet enkel het belegend niet-deskundige publiek).¹³

Voor een dergelijke benadering (die, toegegeven, de relativiteit nogal terug dringt) pleit ook dat de argumenten die tegen de aanname van relativiteit (en dus aansprakelijkheid) zouden kunnen pleiten, ook al op het vlak van de zorgvuldigheidsnorm hun gewicht hebben kunnen doen gelden. Waren die argumenten daar niet doorslaggevend, dan zou het niet consistent zijn diezelfde argumenten hier wel de doorslag te laten geven.¹⁴ Dat zou dan ook niet moeten gebeuren. Kort gezegd zie ik dus niet de

9 De leer speelt zowel bij particulieren als bij overheden, zie Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 103.

10 Vgl. Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 97.

11 In die zin bijvoorbeeld Spier (Van Maanen) 2003, nr. 64; Wolfsbergen 1946, p. 105. Anders: Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 99. In HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda) vormde de relativiteitstoets overigens wel een zelfstandige grond voor afwijzing van de vordering.

12 Zie HR 30-9-1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell).

13 Zie Rb. Amsterdam 7-6-2000, JOR 2000, 153, r.o. 6.3.

14 Vgl. ook mijn opmerkingen hierover in § IX.3.2.

meerwaarde van (nog eens) een aparte toets aan de relativiteit als er al een zorgvuldigheidshnorm is geformuleerd die geschonden is.¹⁵

En de rechtspraak? Recent heeft Spier in een conclusie de mogelijke aansprakelijkheid van een toezichthouder (de Scheepvaartinspectie) van de hand gewezen op basis van het ontbreken van de relativiteit. De Hoge Raad volgt vervolgens zijn A-G.¹⁶ Los van de naar mijn mening nogal arbitraire beoordeling van de relativiteitskwesitie in die zaak (de keuze had naar mijn mening evenzeer anders kunnen uitvallen), valt daar vooral op dat Spier in principe gewoon tegen aansprakelijkheid is in dit soort (toezicht)gevallen. Dat komt ook duidelijk naar voren uit de verdere context van die conclusie.¹⁷ Dezelfde achtergrond wordt tot op zekere hoogte ook zichtbaar in het arrest.¹⁸ Mijns inziens kleurt dat perspectief de beoordeling van de relativiteit, die hier door het Hof als afwijzingsgrond was aangedragen, en zou Spier ook op basis van de zorgvuldigheidshnorm de aansprakelijkheid hebben afgewezen als dat het kader zou zijn geweest waarin de zaak zich had aangediend. De relativiteit was hier dus eigenlijk alleen het instrument dat benut werd om de afwijzing te kunnen grondvesten. Dat kan natuurlijk, maar het maakt de werkelijke reden niet altijd even zichtbaar,¹⁹ zodat ik het zou prefereren als daarvoor of de zorgvuldigheidshnorm gebruikt zou worden of die afwijzing in breder verband bezien en gemotiveerd zou worden.

15 Daar komt dan nog bij dat het een stevige exercitie vergt om de relevante wetgeschiedenis te achterhalen en te beoordelen om te kunnen bepalen of aan de relativiteitseis is voldaan of niet, zie de uitvoerige conclusie van A-G Spier voor HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), terwijl het nog maar de vraag is in hoeverre de wetgeschiedenis jaren later werkelijk een betrouwbare graadmeter kan zijn, vgl. daarover Borgers 2003.

16 Zie HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda): de eis van een certificaat (voor schepen) beoogt de veiligheid in algemene zin te bevorderen (r.o. 3.4.2) en strekt niet mede tot bescherming van individuele vermogensbelangen van derden (r.o. 3.4.3). Verrassend was dat oordeel op zich niet, zie ook al A-G Ten Kate voor HR 19-11-1976, NJ 1979, 216 nt. MS (Semper Crescendo), maar het valt te betwijfelen of de redenering van de Hoge Raad wel helemaal correct was, aldus Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1583.

17 Zie de conclusie van Spier voor HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda). Hetzelfde principe werkt overigens ook de andere kant op in die zin dat als er onzorgvuldig handelen is aangenomen, de relativiteit niet snel alsnog roet in het eten zal gooien, vgl. Rb. Rotterdam 26-5-2004, HA ZA 01-197, n.g. (Caldic Chemie e.a./Gemeente Rotterdam) en § IX.3.2.

18 Zie HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), r.o. 3.4.3, waar gesproken wordt over een 'in beginsel onbeperkte groep van derden' en van 'schade die op niet te voorziene wijze kan ontstaan'. In deze zin ook Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1583 ('hier is de Hoge raad wel erg benauwd').

19 Waarbij uitdrukkelijk dient te worden gezegd dat dat laatste in Spier's conclusie voor HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), geen enkele rol speelt. Zijn redenen zijn uitermate duidelijk, zie nr. 4.42 e.v. ('floodgates' en beperking in verband met zuivere vermogensschade). Het belang van het zichtbaar worden van de werkelijke reden is natuurlijk dat die redenen dan op hun merites beoordeeld kunnen worden, ongeacht onder welk deel van de beoordeling zij naar voren worden geschoven. Een kwalijk gevolg van de insteek in deze zaak is mijns inziens dat 'de relativiteit' opeens verheven zal gaan worden (bijvoorbeeld in de *Enschede*-zaak) tot een belangrijke kwestie als het om toezicht gaat, terwijl het dat in wezen niet is naast de zorgvuldigheidshnorm, zoals ik in de tekst betoog.

3 Causaal verband

3.1 Inleiding

De aansprakelijkheid van een toezichthouder is in vele opzichten niet bijzonder, zoals al bleek uit het voorgaande. Zo is de vraag die ten aanzien van de vaststelling van het causale verband zal rijzen, dezelfde als die welke in andere gevallen gesteld wordt: zou de schade ook zijn ingetreden indien er wel voldoende of correct toezicht zou zijn uitgeoefend? Is dat het geval, dan zou correct toezicht de schade niet voorkomen hebben en ontbreekt het *condicio sine qua non*-verband zoals vereist op basis van art. 6:162 BW.

Deze algemeen geformuleerde vraag kan zich, ook hier, in diverse specifieke gedaantes voordoen al naar gelang de feitelijke situatie die zich aandient. Daar het hier veelal om een nalaten gaat (hoofdstuk IV), dient in elk geval ook beoordeeld te worden of een gepaste handeling van de toezichthouder de schade voorkomen zou hebben. Die beoordeling zal tot op zekere hoogte gecompliceerder zijn dan de standaardvraag, omdat in dat geval beoordeeld dient te worden wat hypothetisch gebeurd zou zijn als er hypothetisch gesproken wél gehandeld zou zijn. Daarnaast kan hier ook nog een rol spelen dat degene die de schade lijdt, zelf de uiteindelijke beslissing nam om een bepaalde activiteit door te zetten. Ook dat kan de beantwoording van de causaliteitsvraag eventueel bemoeilijken. Beide kwesties worden dan ook besproken (§ 3.2).

Hier dient nog voorop gesteld te worden dat de causaliteitsvraag, speciaal ten aanzien van de vestigingsfase, niet het grootste struikelblok is als het om aansprakelijkheid van toezichthouders ten opzichte van een derde gaat.²⁰ In beginsel ligt de *condicio sine qua non*-vraag bij toezichthouders redelijk eenvoudig, zo lijkt het, indien wij ten minste de eventuele bewijsproblemen nog even terzijde laten.²¹ Grote causaliteitsthema's als onzeker ouderschap, onzeker slachtofferschap, beide tegelijk, meervoudige causaliteit, doorbreking van causale ketens,²² et cetera, doen zich hier in principe

20 Vgl. Rb. Utrecht 4-4-2001, VR 2002, 96 (Pots/Kartclub Maas- en Kempenland) waarin het causale verband afgewezen werd, en Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d'Or), waarin de causaliteit tussen het nalaten van de PVK en de schade redelijk eenvoudig werd aangenomen (zie r.o. 13.4). Voor de goede orde: ik spreek hierna nadrukkelijk niet over de relatie S-D (lees: de onrechtmatige daad van de primaire dader) maar enkel over de relatie en de (CSQN-)causaliteit tussen S en T. Dat D en T (eventueel) hoofdelijk verbonden zijn, is waar (zie § III.2), maar dat speelt hier geen rol omdat dat enkele feit de causaliteitsvraag in de relatie S-T niet meervoudig maakt.

21 Anders echter Haan-Kamminga 2003, p. 121, die suggereert dat er juist geen causaal verband zou bestaan, maar daarmee bedoelt ze vooral dat de primaire dader de directe oorzaak is en niet de dans zou mogen ontspringen. Dat zegt echter niets over de vraag of de daad van de toezichthouder causaal is. Overigens, de bedoelde bewijsproblemen komen aan bod in § XII.3.2.

22 Een verweer van die strekking (de moeder zou toch zelfmoord gepleegd hebben; als dat al niet gebeurd was op de dag dat dat werkelijk geschiedde, dan zou dat op een later moment alsnog gebeurd zijn; de schade zou derhalve sowieso geleden zijn) werd gevoerd in Rb. Breda 20-6-2002, NJ 2003, 234 (Grootouders van Nick/Tweesteden Ziekenhuis), maar niet gehonoreerd: de enkele

niet voor, althans niet in grote mate. Uiteraard zal her en der wel een lastig geval, bijvoorbeeld over meervoudige causaliteit, de kop op kunnen steken, maar dat zullen mijns inziens zeldzame gevallen zijn (het is nu eenmaal niet de bedoeling dat er op één terrein twee toezichthouders blijken te bestaan).²³

In de gevallen waarin er eventueel wel een causaliteitsprobleem bestaat, zou aanvaarding van een vorm van proportionele aansprakelijkheid, bijvoorbeeld op basis van de ‘verlies van een kans’-theorie, soelaas kunnen bieden (§ 3.3). Verder dient zich nog de vraag aan hoe het zit met de zogenaamde secundaire causaliteit, de toerekening van bepaalde schadeposten aan de aansprakelijke persoon. Ik ga daar later nader op in (§ 3.4).

3.2 Causaliteit van het nalaten en *condicio sine qua non*

Het *condicio sine qua non*-verband is in beginsel vrij eenvoudig vast te stellen als het om aansprakelijkheid van toezichthouders gaat, zo schreef ik zojuist al, maar dat is natuurlijk niet altijd het geval.²⁴ Een mogelijk probleemgebied betreft de gevallen van ‘nalaten’. Zoals wij eerder al gezien hebben (hoofdstuk IV), is er bij falend toezicht geregeld sprake van een nalaten. Naast de daar al genoemde problemen, levert het gegeven dat het bij toezicht vaak om een nalaten gaat, ook een mogelijke complicatie op bij het *condicio sine qua non*-verband. De beoordeling van dat verband zal dan minder eenvoudig zijn, omdat in een dergelijk geval beoordeeld dient te worden wat *hypothetisch* gebeurd zou zijn als er *hypothetisch* gesproken wel gehandeld zou zijn, terwijl alleen duidelijk is dat die handeling achterwege is gebleven. Daaraan ten grondslag ligt de ruimere vraag hoe een ‘niet-doen’ causaal zou kunnen zijn voor het ontstaan van een bepaalde schade.

kans op zelfmoord op een later moment doorbreekt de causale keten tussen het tekortschieten en de schade niet.

23 In een voorkomend geval kan degene die daarover moet oordelen, terugvallen op de algemene literatuur en rechtspraak op dat vlak. Ik noem als belangrijkste leidraad Akkermans 1997, met vele verdere verwijzingen, en Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 440 e.v. Faure/Hartlief 2002, p. 71, noemen nog de gevallen van rampschade als potentieel lastig voorzover het om het CSQN-verband gaat. Hun uitgangspunt is terecht dat alleen de schade die door de ramp veroorzaakt is, vergoed moet worden. De schade die niet door maatregelen voorkomen kon worden, is dan niet vergoedbaar. Dat is op zich duidelijk, maar of dat alles tot grote problemen leidt, is mij niet duidelijk. Als door maatregelen van de overheid de ramp niet voorkomen was, is er helemaal geen CSQN-verband met welke schade dan ook, maar als die ramp wel voorkomen zou zijn als de overheid iets gedaan had, dan is de vervolgvraag welke schade dan vergoed moet worden. Dat is eerder een vraag van toerekening. Mijns inziens signaleren zij dus eerder, anders dan zij suggereren, een probleem bij de toerekening dan bij de vestiging van aansprakelijkheid.

24 Nader hiervoor bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-III (2004), nr. 425 e.v. Een belangrijke vraag ten aanzien van het *condicio sine qua non*-verband is natuurlijk nog wie te dien aanzien het bewijsrisico draagt. Die vraag wordt, als gezegd, in § XII.3.2 beantwoord.

In Nederland wordt aan deze vraag echter weinig aandacht besteed en wordt als oplossing ‘gewoon’ ervan uit gegaan dat een nalaten wel causaal kan zijn.²⁵ Ook in de rechtspraak wordt er, zonder daaraan al te veel woorden vuil te maken, vanuit gegaan dat zulks mogelijk is.²⁶ De *condicio sine qua non*-vraag als zodanig gaat alleen iets anders luiden, namelijk: zou de schade ook ingetreden zijn als de aangesproken persoon wel op een bepaalde (uiteraard rechtmatige) manier gehandeld zou hebben. En daarmee is eigenlijk de discussie gesloten. Dat is terecht, en ik ga die discussie dan ook zeker niet (her)openen want dat zou ten hoogste tot filosofisch wellicht interessante maar praktisch onwerkbaar vragen en dus tot onnodige problemen aanleiding geven. En daar zit niemand op te wachten. Een nalaten kan dus causaal zijn voor een bepaalde schade.

Een tweede kwestie die de causaliteitsbeoordeling zou kunnen compliceren, betreft de eventuele invloed van de eigen wil van de benadeelde. Indien een belegger bijvoorbeeld verliezen lijdt doordat hij in zee is gegaan met een, naar later bleek, beleggingsinstelling die zomaar failliet bleek te kunnen gaan, dan is het niet alleen mogelijk dat de toezichthouder eventueel in de fout is gegaan, maar ligt daaraan natuurlijk mede een besluit van de benadeelde zelf ten grondslag. Hetzelfde speelt bij de schade die een toezichthouder ‘veroorzaakt’ in een geval van een niet-verijdelde zelfmoord. Iets algemener gesteld: betekent toezicht dat men zelf helemaal niet meer hoeft na te denken? Dit thema raakt aan de hierna nog te bespreken ‘eigen schuld’-vraag, maar voordat wij daaraan toe komen, kan nog gevraagd worden in hoeverre die eigen beslissing de causaliteitsketen zou kunnen doorbreken.

Deze kwestie is dezelfde als die welke bijvoorbeeld voorligt indien een patiënt de informatie en raad van zijn arts volgt en besluit een operatie te ondergaan. Ook dan is er een wilsbesluit aanwijsbaar dat causaal gezien van invloed, en ten dele medebepalend was indien de patiënt schade lijdt doordat de informatie onjuist en de operatie minder succesvol verloopt. In die gevallen wordt het besluit van de patiënt echter niet beschouwd als een juridisch relevante breuk in de causale keten voorzover er iets mis zou zijn met het advies of de informatie van de arts.²⁷ Ik zie niet in waar-

25 Zie hierover (meer of minder uitvoerig) Wolfsbergen 1946, p. 19-20; Van Schellen 1972, p. 167-179; Van Dam 1995, p. 41; Schut 1963, p. 73-75; Schut 1997, p. 92-94; Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 438, alsmede Von Bar 1999, Rdn. 413, en Kortmann, OUCFL 2001, § III.6. Zie voor Frankrijk nog Viney/Jourdain 1998, no. 452.

26 Deze kwestie is in de rechtspraak op zichzelf geen voorwerp van debat, zodat dit oordeel enkel af te leiden is uit het feit dat er niet over geprocedeerd wordt en uit het feit dat er wel zeer regelmatig causaal verband aangenomen wordt (en er in cassatie enkel discussie is over andere causaliteitsaspecten, zoals bewijskwesties) waar er sprake is geweest van een nalaten. Zie bijvoorbeeld HR 21-6-1974, 1974, 453 (Windmill/Roelofsens), en HR 26-1-1996, NJ 1996, 607 nt. WMK (Dicky Trading II).

27 Vgl. Giesen 1999, p. 49. Hetzelfde is het geval bij het besluit om niet tot een abortus over te gaan na een fout van een arts die tot een ongewenste zwangerschap leidt, vgl. HR 21-2-1997, NJ 1999, 145 nt. CJHB (Wrongful birth). Het voorgaande staat dan uiteraard los van de eventuele bewijsproblemen ten aanzien van de vraag of de patiënt met andere informatie anders gehandeld zou hebben.

om dat ten aanzien van een toezichthouder dan wel het geval zou moeten zijn.²⁸ Beide elementen (falend toezicht en het besluit van de derde) zijn noodzakelijke voorwaarden voor intreden van de schade en het feit dat er twee van die elementen zijn,²⁹ betekent niet dat de toezichthouder vrijuit gaat.³⁰ Voor een gelijke behandeling pleit ook dat er een alternatief voorhanden is waarmee in beginsel goede resultaten te behalen zijn, namelijk de regeling van de eigen schuld (zie echter § 4).

3.3 Proportionele aansprakelijkheid

In gevallen waarin iemand niet de kans krijgt een bepaalde beslissing te nemen omdat hij of zij daarover niet ingelicht is door zijn of haar advocaat, notaris of arts, en in gevallen waarin door een bepaalde handeling de kans op een beter resultaat verloren is gegaan (er is geen hoger beroep ingediend), is het mogelijk om tot een proportionele aansprakelijkheid te komen. Eén van de methoden om dat te bereiken is het gebruik van de theorie van het *verlies van een kans*.³¹

Op zichzelf is het niet ondenkbaar dat de derde die het slachtoffer wordt van het falende toezicht van een toezichthouder in elk geval de kans verloren heeft op een beter resultaat (bijvoorbeeld hogere rendementen in de sfeer van beleggingen) en dat wat dat betreft de proportionele aansprakelijkheid hier een rol zou kunnen vervullen. Er is geen principiële reden om de toepassing van die leer uit te sluiten en het bestaan ervan zou een welkome aanvulling kunnen zijn op het al bestaande arsenaal van mogelijkheden om causale drempels te overwinnen.³²

Daarbij dient wel meteen opgemerkt te worden dat de ruimte die de proportionele leer hier zal kunnen bezetten, waarschijnlijk gering is. Causaliteitsproblemen zijn

28 In die zin ook Lord Hoffman in *Commissioners of Police for the Metropolis v. Reeves* [2000] 1 AC 360; [1999] 3 All ER 897.

29 Er is daarnaast natuurlijk nog een derde causaal element, namelijk de handeling van de onder toezicht gestelde (bijvoorbeeld fraude waardoor het faillissement veroorzaakt wordt). Ook dat is mede-causaal. Net zoals de duo-causaliteit van ‘falen van de toezichthouder’ en ‘handelen van de onder toezicht gestelde’, de aansprakelijkheid van de toezichthouder niet elimineert, zie § III.2, zo sluit ook de in de tekst bedoelde duo-causaliteit de aansprakelijkheid van de toezichthouder niet uit.

30 Vgl. ook Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d’Or) waarin beslist werd dat de toezichthouder, de actuaire én de accountant onzorgvuldig hadden gehandeld en tevens dat de handelingen van alle drie causaal waren voor de schade van de beleggers, zie r.o. 8.1 e.v., 10.10 e.v. en 13.4.

31 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 4-1-1996, NJ 1997, 213 (Wever/De Kraker) en HR 24-10-1997, NJ 1998, 257 nt. PAS (Baijings/mr. H.). Ik ga hier niet nader in op de mogelijke grondslagen, voorwaarden en rechtsgevolgen van deze en ander proportionele theorieën, maar verwijs naar Akkermans 1997; Akkermans/Faure/Hartlief 2000, en Giesen 1999, p. 72 e.v. en p. 122 e.v.

32 Barendrecht, NJB 2003, p. 957, zou die proportionaliteit waarschijnlijk ook los van causaliteitsproblemen willen inzetten om tot tussenoplossingen te kunnen komen, teneinde de aansprakelijkheid van de toezichthouder niet te ver te laten doorschieten en toch een prikkel te behouden. Naast dit materieelrechtelijke instrument kan ook nog gedacht worden aan meer processuele oplossingen, zie hoofdstuk XII hierna. Over de wisselwerking van materieel en procesrecht in deze, zie Giesen 2001, m.n. p. 472 e.v.

immers, zo bleek hiervoor al, niet het grootste probleem dat de aansprakelijkheid van toezichthouders omringt. Er is dan ook minder behoefte aan oplossingen op dat vlak. Een tweede opmerking ter relativering is nog dat de theorie van het verlies van een kans niet overal even populair is. In *Engeland* werd bijvoorbeeld in 2002 nog geoordeeld dat het niet mogelijk is om de schadevergoeding via deze leer te reduceren.³³ Niettemin, in Nederland kan men wel tot een proportionele oplossing komen,³⁴ en in de gevallen waarin het *condicio sine qua non*-verband wel problemen oplevert, kan de kanstheorie eventueel inspringen en een voor beide partijen acceptabele oplossing bereiken.

3.4 Toerekening op basis van art. 6:98 BW

De toerekening van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis, de secundaire causaliteit, geschiedt uiteraard op basis van art. 6:98 BW.³⁵ Een algemene uitspraak over hoe de via dat artikel beoogde weging uitpakt, is niet bij voorbaat te geven. De daarbij gebruikelijke canon van relevante omstandigheden en factoren dient steeds opnieuw, ook bij de aansprakelijkheid wegens falend toezicht, afgelopen te worden. Ik ga dat hier niet uitvoerig doen, maar stip slechts de naar mijn mening belangrijkste elementen aan.

Wellicht het meest van invloed is dan de factor *aard van de schade*, en dan in het bijzonder het gegeven dat het bij toezicht zeer regelmatig om zuivere vermogensschade zal gaan, zeker in de gevallen van falend financieel toezicht. In een dergelijk geval zal de toerekening minder ruim zijn dan het geval is als het om letselschade gaat.³⁶ Dat betekent echter ook meteen dat deze beperking van geen gewicht is in die gevallen waarin falend toezicht resulteert in letselschade.³⁷ Eventueel kan daarbij tevens van belang zijn dat de voorzienbaarheid bij de concrete invulling van de zorgvuldigheidsnorm van groot belang blijkt te zijn, zoals wij hiervoor al zagen (§ VIII.2.5). Immers, diezelfde voorzienbaarheid speelt eveneens een (beperkte) rol bij de toerekening (hoe beter voorzienbaar, hoe beter toerekening te rechtvaardigen is).³⁸

Daarnaast vormt de toerekeningsvraag typisch een moment waarop nog meegewogen zou kunnen worden dat het hier om een vorm van afgeleide aansprakelijkheid gaat (§ III.2). Immers, binnen de afweging van art. 6:98 BW dient ook de *aard van de aansprakelijkheid* meegewogen te worden en hoewel het dan meestal gaat om de vraag of de aansprakelijkheid in kwestie een schuld- of risicoaansprakelijkheid is, een eigen of andermans daad betreft, dan wel een contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid is,³⁹ zou onder die noemer natuurlijk evenzeer meegenomen kunnen

33 Zie daarover Oliphant 2003, p. 150-152.

34 Zie de verwijzingen in noot 31 hiervoor.

35 Daarover in algemene zin Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 433 e.v.

36 Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 434; Von Bar 1999, Rdn. 465 en 470.

37 Zie voor die gevallen Giesen 2003, alsmede § VIII.2.3 hiervoor.

38 Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 434 en 435.

39 Zie slechts Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 433.

worden dat de aansprakelijkheid in kwestie niet een directe maar enkel een afgeleide is.⁴⁰ In zo'n geval zal dat gezichtspunt er dan toe leiden dat de schade minder uitvoerig kan worden toegerekend aan de toezichthouder.

Uiteindelijk, zo is duidelijk geworden, kan er op dit vlak weinig met zekerheid gezegd worden, al was het maar omdat de af te wegen factoren elkaar ook ten dele tegenspreken. Wel blijkt het onderscheid letselschade of vermogensschade van belang, maar dat zal niet verrassend zijn. Het meest wezenlijke is naar mijn mening dat de rechter via de toerekening een goede uitlaadklep lijkt te hebben gekregen om zijn morele oordeel te verdisconteren dat de toezichthouder toch niet even zwaar gestraft zou mogen worden als de 'echte' dader.⁴¹ Tot uitsluiting van aansprakelijkheid kan dat niet leiden,⁴² maar het kan wel aanleiding zijn om de grenzen van de toerekening iets minder ruim te trekken in vergelijking met hoe die grens ten opzichte van de primaire dader getrokken zou worden.

4 Eigen schuld

4.1 Een 'klapgijp' tijdens een zeilcursus

Het Hof Leeuwarden diende te beslissen over een zaak waarin een cursist gedurende een zeilcursus, tijdens een zogenaamde 'klapgijp', getroffen werd door de giek van de zeilboot, hetgeen tot ernstig letsel leidde.⁴³ Nadat de aansprakelijkheid van de organisator van de cursus vastgesteld was, omdat deze nagelaten had voldoende maatregelen te treffen om een dergelijke klapgijp te voorkomen, rees de vraag naar de eventuele eigen schuld van de cursist op basis van art. 6:101 BW.

Het Hof overweegt dat het feit dat de cursist ervaring had als zeiler, de aansprakelijke partij in deze niet kan baten. Immers, het ging om een *zeilcursus* waaraan de benadeelde als cursist deelnam. Bovendien dient een instructeur rekening te houden met eventuele inadequate reacties van de cursisten. De mogelijke onvoorzienbaarheid van wellicht onnodige en onverstandige reacties van cursisten in een gevaarssituatie, zeker als die situatie ontstaan is door een normschending, kan een beroep op een gedeeltelijke disculpatie niet dragen.

4.2 Een bewust gekozen val in een trapgat

In *Duitsland* heeft het *Bundesgerichtshof* meermalen beslist dat ook degene die een 'Schutzpflicht' ten opzichte van een ander schendt, gerechtigd is zich op eigen schuld

40 In die richting gaat Jurgens 1996, p. 203, die het afgeleide karakter van aansprakelijkheid (van een gedegende overheid) mee wil wegen via art. 6:98 BW. Het is overigens niet juist dat, zoals zij stelt, zo de hoofdelijkheid zou kunnen worden omzeild.

41 Zie § III.2, en Haan-Kamminga 2003, p. 121.

42 Vgl. mijn opmerkingen daaromtrent in § IX.3.

43 Zie Hof Leeuwarden 7-8-2002, NJ 2003, 207 (Nuts/De Zeezeilers).

van die ander te beroepen als de te beschermen persoon door verwijtbaar oorzakelijk gedrag zichzelf schade toevoegt. Dat zou bijvoorbeeld kunnen spelen in het geval van een patiënt die zichzelf in het ziekenhuis waarin hij ter behandeling opgenomen is in verband met een schizofrene ontwikkeling, in het trapgat stort vanaf de tweede verdieping en dat gedrag vervolgens herhaalt.⁴⁴ Datzelfde geldt bij de schending van een voorzorgplicht van een arts omdat op de patiënt een ‘Obliegenheit’ rust om mee te werken aan de behandeling.

Daarbij geldt echter tevens nog dit. Het nalaten van een zelfmoordpoging valt niet onder de medewerkingsplicht van de patiënt. Dat betekent dat verhinderend van dergelijke pogingen een deel van de behandelingsovereenkomst is. Artsen en verplegers hebben de opgave om de patiënt gedurende de behandelingstijd te beschermen tegen mogelijke door die patiënt gewilde zelfbeschadigende handelingen. In zo’n geval is een drang of wil van de patiënt die tegen de behandeling of voorzorg in gaat, rechtens zonder betekenis. De patiënt kan dus niet tegengeworpen worden dat hij medeverantwoordelijk is voor zijn eigen schade omdat hij zijn drang, waarvoor medische hulp gezocht werd, niet onderdrukt heeft.⁴⁵

4.3 *Eigen schuld en toezicht: een moeilijk te omzeilen contradictie*

Toezicht is erop gericht te zorgen dat ‘de dingen’ niet mis gaan, of niet volledig mis gaan, dat er op tijd en adequaat ingegrepen wordt. Dat veronderstelt dat de eigenlijke actoren, dat wil zeggen: de onder toezicht gestelden en de bij het toezicht betrokken derden, het (blijkbaar) eigenlijk niet langer zelf aankunnen om bepaalde misstanden of onwenselijke situaties en schade te voorkomen.⁴⁶ De ‘marktimperfecties’ zijn niet meer te corrigeren zonder toezicht. Zou dat anders zijn, dan zou toezicht niet nodig zijn.⁴⁷

Dat uitgangspunt betekent dan echter ook dat het vervolgens lastig zal worden om, als er werkelijk iets mis gegaan is én vastgesteld is dat de toezichthouder daarbij zijn taak onvoldoende heeft uitgeoefend, te zeggen dat er sprake was van eigen schuld van de benadeelde.⁴⁸ Dat zou tegenstrijdig zijn met het voormelde uitgangspunt dat de derde zelf niet langer voldoende corrigerend kan optreden. In dat licht bezien is

44 Zie voor het voorbeeld en de regel BGHZ 96, 98, op p. 100. Het betrof hier een regresactie van de verzekeraar van de patiënt die zichzelf verwond had.

45 Zie nogmaals BGHZ 96, 98, op p. 101-102.

46 Zie al § I.1.1 en Schilder/Nuijts 2004, p. 57 en p. 67. Dit is alleen anders indien de misstand bewust in het leven wordt geroepen, bij opzet dus, bijvoorbeeld in een fraudegeval. Over die situaties spreek ik hier nu niet. Indien een toezichthouder bewust misleid is door de onder toezicht gestelde, zal die toezichthouder dat feit als verweer kunnen aanvoeren jegens de derde. Naar het zich laat aanzien zal dan in principe niet gezegd kunnen worden dat er onzorgvuldig gehandeld werd, gesteld natuurlijk dat een redelijk handelend toezichthouder de fraude niet had behoeven te onderkennen.

47 Toezicht is nodig waar de markt faalt, zie bijvoorbeeld Schilder/Nuijts 2004, p. 95; Barendrecht, NJB 2003, p. 957.

48 Zie nog in algemene zin over eigen schuld Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 448 e.v.

het bijvoorbeeld ook niet vreemd dat bijvoorbeeld naar *Duits* recht het eigen schuldverweer ten opzichte van de aansprakelijkheid van de toezichthouder op basis van § 832 BGB (toezicht op kinderen en geestelijk gestoorden) min of meer uitgesloten is.⁴⁹

Mijns inziens geldt de uit het voorgaande blijkende voorzichtigheid in algemene zin. Indien het toezicht en de ratio ervan mede betrekking heeft op de (bescherming van de) positie van derden – indien aan het relativiteitsvereiste voldaan is, om het in dogmatische termen te gieten – dient een eigen schuldverweer van de toezichthouder ten opzichte van zo'n benadeelde derde zeer terughoudend beoordeeld te worden.⁵⁰ Indien een derde (S) een vordering tot schadevergoeding instelt tegen een toezichthouder, loopt de eigen schuld-regeling derhalve in beginsel op niets uit.⁵¹ Voorzover het toezicht de derde niet raakt, speelt de hele kwestie van 'eigen schuld' geen rol omdat aansprakelijkheid dan niet mogelijk is vanwege het ontbreken van voornoemde relativiteit of onzorgvuldigheid.

Zal eigen schuld echter niet toch tot op zekere hoogte een rol moeten kunnen blijven spelen? Die notie kan toch niet helemaal uitgeschakeld worden, zo lijkt het, want het gaat niet aan om een toezichthouder voor elk wisselasje te laten opdraaien. De preventieve werking van de eigen schuld-regeling (mogelijke slachtoffers moeten ook zelf blijven opletten) zou daaraan in de weg staan.⁵² Of anders gezegd:⁵³

49 Zie Münch.Komm (Stein) 1997, § 832, Rdn. 32.

50 Vgl. Lord Hoffman in *Commissioners of Police for the Metropolis v. Reeves* [2000] 1 AC 360; [1999] 3 All ER 897, die aangeeft dat toerekening van 100% eigen schuld aan het slachtoffer (hier: zelfmoord in een politiecel) de zorgplicht van de politie (alsnog) ontkent; dan had men evenzeer geen plicht kunnen aanvaarden.

51 Vgl. ook Albers, NTB 2004, p. 210-211, die met klem verdedigt dat het niet uitlokken van een handhavingsbesluit geen eigen schuld ten opzichte van de overheidstoezichthouder oplevert. In deze richting gaat ook Rb. Rotterdam 26-5-2004, HA ZA 01-197, n.g. (Caldic Chemie e.a./Gemeente Rotterdam), waarin een beroep op eigen schuld werd afgewezen omdat gedaagden wisten van de risico's en gehouden waren handhavend op te treden (maar dat ten onrechte niet gedaan hadden). De toezichthouder zal dan degene op wie hij toezicht uitoefende, in rechte moeten betrekken (in vrijwaring oproepen) en/of trachten achteraf regres te nemen. Zo'n vrijwaring speelde in Hof Den Bosch 22 juli 2003, NJ 2004, 367 (MON/S.), waarin het Hof een eigen schuldverweer op zich mogelijk achtte, en de bewijslast dienaangaande bij de gedaagde legde, maar zich over dat verweer verder inhoudelijk nog niet uit hoefde te spreken, zie r.o. 4.5.4. en 4.7.2. Anders, om tussenoplossingen te kunnen bereiken, Barendrecht, NJB 2003, p. 957.

52 De preventieve werking van het eigen schuldverweer, zie in algemene zin Faure/Hartlief 2002, p. 22, wordt overigens, los van het hierna volgende, sterk gerelativeerd door de gedachte dat in elk geval de zorg voor veiligheid het best kan worden toegedeeld aan degene die de ruimte of zaak onder controle had (dat zal niet vaak het toevallige slachtoffer zijn) en dat vanuit preventie-oogpunt het gebruik van eigen schuld bij bijvoorbeeld rampschade onzinnig is, omdat dat slachtoffer die schade niet kon voorkomen en dus nooit eigen schuld zal kunnen worden tegen- geworpen, zie Barendrecht, NJB 2002, p. 611.

53 Zie Schilder/Nuijts 2004, p. 95. Deze gedachte doortrekt overigens hun hele preadvies, het citaat is in die zin willekeurig gekozen.

‘Het bestaan en het optreden van de toezichthouder doen echter geen afbreuk aan de eigen verantwoordelijkheid van enerzijds de partijen die onder toezicht staan en anderzijds de partijen wier belangen de toezichthouder beoogt te behartigen.’

Het genoemde gevaar dat de derde, het latere slachtoffer, niet meer oplet omdat er toch een toezichthouder is die moet opletten en eventueel aansprakelijk is indien dat niet geschied is, wordt mijns inziens echter voldoende ondervangen doordat die derde natuurlijk liever niet slachtoffer zal worden, ook al is eventueel schadevergoeding mogelijk, én doordat in elk geval nodig is dat de toezichthouder een zorgvuldigheidsnorm geschonden heeft, hetgeen niet evident is. De derde kan er dus niet op vertrouwen dat er een vergoeding verkregen zal worden.⁵⁴

Voor bepaalde gevallen, maar gezien het voorgaande betreft het mijns inziens dan wel écht uitzonderlijke gebeurtenissen, lijkt het overigens mogelijk om de regeling van eigen schuld nog enigszins een positie te geven, bijvoorbeeld indien de eiser (S) tegelijk ook degene is (D) op wie het toezicht werd uitgeoefend (zie § II.2.3). Die D kan waarschijnlijk eerder worden aangewreven ook nog een eigen verantwoordelijkheid te hebben. Maar zelfs in die gevallen lijkt de aanname dat er sprake was van eigen schuld, niet steeds zonder meer aanvaardbaar, zoals de rechtspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid van banken in verband met marginverplichtingen aantoot.⁵⁵ Het verschil in hoedanigheid van de betrokken partijen, een verschil dat zeker ook in gevallen van (overheids)toezicht aanwezig zal zijn, zal (ook hier) aan de ‘normale’ toepassing van het eigen schuld-leerstuk in de weg staan, zo mag verwacht worden.⁵⁶

Een voorbeeld van de rol die het eigen schuld-leerstuk nog zou kunnen spelen, biedt een recente *Duitse* uitspraak. Hoewel een reisorganisator verantwoordelijk is voor de ongevaarlijkheid van de georganiseerde programma-onderdelen tijdens de reis en hij zekerheidsmaatregelen moet nemen om de klanten voor schade te behoeden, is dat wel aan grenzen gebonden. Indien iemand zich verwond door in het ondiepe deel van het zwembad te springen tijdens en als onderdeel van een animatieshow, is dat gedeeltelijk te wijten aan diens eigen schuld indien te zien was hoe (on)diep het water was doordat andere gasten na eerdere sprongen al in het water stonden.⁵⁷

54 Dat geldt eens te meer indien er ten aanzien van toezichthouders voor een systeem van schuldaansprakelijkheid gekozen wordt, zie § XIII.3.

55 Zie bijvoorbeeld HR 11-7-2003, RvdW 2003, 123 (Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek), en daarover Van Boom, NTBR 2003, p. 555 e.v.; Vranken 2003, § 6.5, en Vranken, WPNR 6560 (2004), p. 6-8.

56 In het privaatrechtelijke bouwrecht wordt falend toezicht op de aannemer (opdrachtnemer) wel stevast als eigen schuld aan de opdrachtgever toegerekend. Daar speelt de eigen schuld-regeling dus nog wel degelijk een rol. Zie nader Van den Berg 1993 (die zich hier overigens tegen verzet). In die gevallen is de opdrachtgever echter niet alleen degene die de schade leidt, maar ook zelf verantwoordelijk voor de directie, het toezicht. Hier vallen S en T dus samen, een uitzonderlijk geval dat mijns inziens moeilijk te veralgemenen is naar de relatie S-T en dat ik verder in dit boek onbesproken laat.

57 Zie OLG Karlsruhe, MDR 2004, 35, op p. 36.

4.4 *Eigen schuld en toezicht: een keuze ten principale*

Buiten die uitzonderingsgevallen is er, als gezegd, mijns inziens geen plaats voor de gedachte dat eigen schuld de aansprakelijkheid van de toezichthouder beperkt. De eigen verantwoordelijkheid van de gedupeerde doet daar, om voormelde redenen, niet aan af. Daarmee betoog ik niet dat die eigen verantwoordelijkheid niet zou bestaan. Voorkomen is altijd beter dan genezen, ook hier, en dus dient iedere betrokkene zo goed mogelijk op te letten. Maar als de toezichthouder vervolgens gefaald heeft, hoort dat ten principale niet tegengeworpen te worden aan het individu wiens belangen ten onrechte niet voldoende behartigd zijn, terwijl duidelijk was dat iemand die belangen zou moeten behartigen voor alle individuen en daarvoor dan ook een toezichthouder in het leven geroepen werd. Ik onderscheid 'verantwoordelijkheid' hier dus expliciet van civielrechtelijke 'aansprakelijkheid'. Twee partijen waren verantwoordelijk, de toezichthouder en het betrokken individu, maar slechts één van die twee is ook aansprakelijk, de toezichthouder.⁵⁸

5 Conclusie

De algemene conclusie op basis van het voorgaande is eigenlijk eenvoudig. De klassieke leerstukken relativiteit, causaliteit en eigen schuld zullen de eerder bereikte uitkomsten inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders niet wezenlijk veranderen. Relativiteit is eigenlijk niet meer dan een alternatieve grond om die aansprakelijkheid af te kunnen wijzen als dat op basis van de inhoudelijke argumenten wenselijk zou zijn, maar tegelijkertijd is dat leerstuk daarvoor niet nodig omdat de zorgvuldigheidsnorm die functie al vervuld.

De causaliteitsvraag als *condicio sine qua non*-vraag levert wellicht een probleem op waar het om de bewijsvoering gaat (zie § XII.3), maar materieelrechtelijk zal dat tot weinig spanning leiden. De toerekening op basis van art. 6:98 BW zal misschien nog tot enige discussie aanleiding kunnen geven, omdat de rechter via die toerekening een uitlaadklep lijkt te hebben gekregen om het morele oordeel te funderen dat de toezichthouder niet even zwaar gestraft zou mogen worden als de 'echte' dader. Tot meer dan een gedeeltelijke inperking van de aansprakelijkheid zal dat echter niet kunnen leiden.

Ook het leerstuk van eigen schuld leidt in gevallen van aansprakelijkheid van toezichthouders nauwelijks tot reductie van de omvang van die aansprakelijkheid. De reden daarvoor is dat het nogal paradoxaal zou zijn om wel toezicht in te stellen teneinde een derde te beschermen (die daartoe dan blijkbaar niet zelf in staat wordt geacht), om vervolgens die derde alsnog aan te rekenen dat deze zelf te onvoorzichtig is geweest.

58 In de gedachtegang van Schilder/Nuijts 2004, p. 95: het individu is geen volwaardige partij in deze en kent zijn eigen verantwoordelijkheid onvoldoende.

XI | Vrijwaringen, immuniteiten en andere uitsluitingen

1 Inleiding

Hoewel het in de bestaande rechtspraak¹ nog geen rol gespeeld heeft, is het niet zonder belang dat er een vrijwaring door de minister van Financiën is verleend aan de toenmalige Verzekeringskamer en de toenmalige STE. Dit feit zou namelijk de discussie over hoe ver de aansprakelijkheid van (in dit geval financiële) toezichthouders zou moeten gaan, kunnen beïnvloeden.

Of die invloed er werkelijk is, en zo ja, hoe ver die dan gaat, zal hierna (§ 2) nader onderzocht worden. In dit hoofdstuk komen dan tevens enkele andere immuniteiten, uitsluitingen en beperkingen van aansprakelijkheid ten gunste van toezichthouders aan de orde (§3).² Omdat deze vrijwaringen en immuniteiten met name in de sfeer van het financiële toezicht van belang zijn, zal het in dit hoofdstuk vooral daarover gaan. Ik zal opnieuw eindigen met een korte conclusie (§4)

2 Vrijwaring van aansprakelijkheid

2.1 *Vrijwaringen in Nederland*

Naar Nederlands recht bestaat er geen algehele immuniteit tegen aansprakelijkheid voor een of meer toezichthouders.³ Zoals in de inleiding al geschetst, bestond er echter wel voor de toenmalige Verzekeringskamer en de toenmalige STE, en bestaat er nu voor de PVK en de AFM een vrijwaring voor aansprakelijkheid ten laste van de Staat der Nederlanden.⁴ Ten aanzien van DNB is een dergelijke vrijwaring niet tot stand

1 Ik doel dan met name op de al eerdere genoemde *Vie d'Or-* en *Nusse Brink-zaken*.

2 Omdat ik in dit boek met name inga op de onrechtmatige daadsactie, zie § I.1, ga ik niet nader in op exoneratieclausules.

3 Dat zou ook niet stroken met het stelsel van aansprakelijkheidsrecht in ons land. Wellicht is het wel mogelijk dat in de toekomst de limitering van art. 6:110 BW van stal gehaald wordt om de aansprakelijkheid van toezichthouder te reguleren, zie hierna, maar er bestaan geen aanwijzingen dat zoiets (hetgeen zou neerkomen op een gedeeltelijke immuniteit) nu al zou spelen. Ik ga hierna niet in op het gebruik en de werking van exoneratieclausules aangezien het in deze studie in beginsel gaat om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

4 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 843, nr. 1, p. 12; Grundmann-van de Krol 2002, p. 453-455; Grundmann-van de Krol 2002a, p. 14; Maeijer 1997, p. 23; Haan-Kamminga 2003, p. 122.

gekomen omdat de eventuele aansprakelijkheid van DNB wegens falend toezicht⁵ toch al ten laste van de Staat als 100% aandeelhouder komt. Na de fusie van DNB en PVK per 1 januari 2005⁶ gaat deze nieuwe toezichthouder door als DNB⁷ zodat die vrijwaring dan overbodig is geworden (de Staat is en blijft 100% aandeelhouder) en geen functie meer vervult.⁸ De mogelijke invloed van een vrijwaring is echter in elk geval voor de AFM nog immer van belang, net zoals deze van belang zou kunnen zijn voor andere toezichthouders (NMa, OPTA, DTe) die wellicht een vrijwaring zouden willen krijgen in de toekomst (§ 2.4).

Een vrijwaring kan bestaan ten opzichte van degene die onder toezicht van de toezichthouder staat voor eventuele claims van die onder toezicht gestelde ten opzichte van de toezichthouder, maar ook ten opzichte van derden, het 'publiek' (de crediteuren, de rekeninghouders, de aandeelhouders van de onder toezicht staande instelling, etc). In Nederland is wat dat betreft één lijn gekozen. Een vrijwaring is een vrijwaring ten opzichte van alle vorderingen.

De verleende vrijwaringen zijn overigens niet volledig, een 'eigen risico' voor de toezichthouder resteert, hetgeen in verband met de prikkels tot voorkoming van schadeveroorzakend, onzorgvuldig gedrag door de toezichthouders, niet onverstandig lijkt.⁹ Of dat 'eigen risico' dan verzekerd wordt, is aan de toezichthouder.¹⁰ Daarbij lijkt de minister er vanuit te gaan dat er inderdaad verzekeringsmogelijkheden bestaan. Voorzover dat op enig moment niet (meer) het geval zou zijn, een moment dat mijns inziens op basis van de huidige stand van de rechtspraak nog niet aanstaande is, kan en zal naar alle waarschijnlijkheid de vraag gesteld gaan worden of niet art. 6:110 BW, de wettelijke limitering van de omvang van aansprakelijkheid, van stal gehaald zou moeten worden in plaats van deze vooraf meegegeven vrijwaring.¹¹

5 Zo'n aansprakelijkheid is zeker niet onmogelijk, vgl. reeds Michiels van Kessenich-Hoogendam 1987, nr. 111-112.

6 Zie over deze fusie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 122, nrs. 10 en 13, en het wetvoorstel dienaangaande *Kamerstukken II* 2003/04, 29 411, nrs. 1-3. Een concrete fusiedatum wordt in het voorstel niet genoemd maar eerder bleek al dat men uiterlijk 1 januari 2005 voor ogen had (zie Jaarverslag RFT 2002, p. 23 en p. 24) terwijl het wetsvoorstel ervan uit gaat dat het in elk geval voor 1 juli 2005 tot een fusie komt (vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 411, nr. 4, p. 2 alwaar de koppeling met andere wetgevingstrajecten gelegd wordt).

7 Zie art 1 lid 1 Fusiewet De Nederlandse Bank N.V. en de Stichting Pensioen & Verzekeringkamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 411: alle vermogensbestanddelen gaan naar DNB en de PVK houdt op te bestaan als aparte Stichting. Als bestuursorgaan blijft PVK voorlopig nog bestaan maar worden de taken dienaangaande uitgevoerd door DNB; waar PVK staat, dient dan DNB gelezen te worden, zie art. 2 van de Fusiewet en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 411, nr. 3, p. 6, nr. 4, p. 2 en nr. 6, p. 9.

8 Eventueel lopende civiele of bestuursrechtelijke procedures tegen Stichting PVK worden verder gevoerd tegen DNB, zie art. 3 lid 1 Fusiewet De Nederlandse Bank N.V. en de Stichting Pensioen & Verzekeringkamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 411.

9 Bovendien valt 'ernstig verwijtbaar gedrag' niet onder de vrijwaring, zie Grundmann-van de Krol 2002, p. 455.

10 Zie opnieuw *Kamerstukken II* 1995/96, 24 843, nr. 1, p. 12.

11 Dat speelt eens te meer nu die regeling eindelijk voor het eerst is benut, en wel om de aansprakelijkheid voor terrorismeschade in de luchtvaartsector te beteugelen, zie *Stb.* 2004, 358.

2.2 Ratio voor de vrijwaring: 'floodgates' en spreiding

De ratio voor deze vrijwaring was en is gelegen in de omvang die potentiële claims tegen de toezichthouders zouden kunnen aannemen. Die omvang zou de draagkracht van de toezichthouder te boven kunnen gaan, terwijl aan de andere kant de kosten van het toezicht enkel in beperkte mate doorberekend kunnen worden.¹² Het bekende 'floodgates'-argument én de (on)mogelijkheid van schadespreiding, fungeren hier derhalve als dragende argumenten.

Hierbij verdient ten eerste aantekening dat de doorberekening van de kosten van toezicht recentelijk versterkt is, waarbij het profijtbeginsel als leidend beginsel diende.¹³ Dat ontkracht dus ten dele het tweede argument. Ten aanzien van de mogelijkheid van schadespreiding via de zojuist genoemde doorberekening van kosten,¹⁴ dient bovendien opgemerkt te worden dat het op het eerste gezicht vreemd zou zijn als ook de (kosten van de) claims gebaseerd op falend toezicht betaald zouden moeten worden, via dat systeem van doorberekening, door de onder toezicht gestelden. De kosten van aansprakelijkheid wegens een toezichtverzuim zullen in de verhouding tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde door de toezichthouder, of de overheid die de toezichthouder ingesteld heeft, gedragen moeten worden, zo lijkt het.¹⁵ Die toezichthouder heeft immers niet opgelet en zal dan op de blaren moeten zitten. Bovendien, als het de overheid is die de kosten draagt, vindt er als vanzelf schadespreiding plaats, en wel in ultieme vorm, namelijk een spreiding over alle belastingbetalers.¹⁶

12 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 843, nr. 1, p. 12. De bedoelde doorberekening betreft de doorberekening van de kosten van het toezicht aan de onder toezicht gestelden, aldus *Kamerstukken II* 1995/96, 24 843, nr. 1, p. 13. Zie over de mogelijkheid van een omvangrijke aansprakelijkheid en de beperkte draagkracht ook nog Kortmann/Janssen 1998, p. 113.

13 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 122, nr. 16 en 17. Voor de volledigheid: de opbrengst van een opgelegde last onder dwangsom of boete, komt toe aan het bestuursorgaan (de vervuiler betaalt). Zijn de opbrengsten hoger dan de kosten, dan wordt het surplus gekort op de algemene toezichtkosten, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 370, nr. 1, p. 9.

14 Ten aanzien van die kosten, het volgende: het financiële toezicht kost ongeveer €110 miljoen (in 2003), zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 122, nr. 17, p. 3; de banken, verzekeraars en pensioenfondsen betalen nu €23 miljoen per jaar voor het toezicht door PVK, maar dat gaat oplopen tot €45 miljoen per jaar, zie *Welwezen* januari 2003, p. 14. Het toezicht van DNB op de banken werd tot op heden niet door de banken betaald, maar per 1 januari 2004 is dat anders, zie Jaarverslag DNB 2002, p. 117, en *Kamerstukken II* 2003/04, 28 122, nr. 16, en inmiddels ook art. 1:23 in het wetsvoorstel Wft, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708. Overigens, er is discussie ontstaan over de kosten van de nieuwe Wet financiële dienstverlening, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 8, p. 2. De accountants gaan zelf (lees: hun cliënten) betalen voor het toezicht op hun beroepsgroep, vgl. art. 38 van het wetsvoorstel dienaangaande (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 658). Zie over de budgettering van financieel toezichthouders ook Quintyn/Taylor 2003, p. 276-277, die aangeven dat betaling door de onder toezicht gestelden tot afhankelijkheid en autonomieverlies kan leiden. Hoe dat verder ook zij, de Engelse FSA wordt betaald door de 'authorised firms' die onder toezicht staan, en niet door de overheid, zie www.fsa.gov.uk/funding.

15 Zie Grundmann-van de Krol 2002, p. 454.

16 Vgl. Van Dijk, NTBR 2003, p. 194.

Echter, als vertrouwen in de markt of de branche een belangrijke reden voor het instellen van toezicht is, zoals bij financieel toezicht,¹⁷ hebben de onder toezicht gestelden ook een direct belang bij goed toezicht, zodat het wellicht toch niet al te onredelijk is om hen ook aan de kosten van falend toezicht (de te betalen schadevergoeding), bij te laten dragen als deel van de algemene kosten van toezicht.¹⁸ Dat zou dan betekenen dat in elk geval een deel van de kostprijs van toezicht doorberekend zou moeten worden, ook als het grootste deel van de kosten (en de claims) via de vrijwaring door de belastingbetaler opgebracht zal worden.¹⁹

2.3 Geen immuniteit gekozen

In Nederland is er niet voor gekozen om een immuniteit voor DNB of AFM te introduceren, zodat aansprakelijkheid van die toezichthouders gewoon mogelijk blijft, ongeacht de vrijwaring. Die regelt immers enkel wie uiteindelijk betalen moet. Het zou overigens ook nog maar de vraag zijn of zo'n volledige immuniteit wel door de beugel van het EHRM gekund zou hebben. Populair zijn immuniteiten daar niet in het licht van art. 6 en art. 13 EVRM.²⁰ Bovendien zou een overheid die haar aansprakelijkheid voor falend (overheids)toezicht uitsluit, naar mijn mening niet direct dat vertrouwen wekken dat men het instellen van toezicht nou juist zou willen bereiken.

Wel heeft de minister van Financiën met regelmaat gesteld dat toezicht op zichzelf niet tot aansprakelijkheid leidt, dat er geen aanvaarding van aansprakelijkheid bestaat en dat benadeelden zich in eerste instantie tot de specifieke bank die over de kop is gegaan, zullen moeten wenden. Ook wordt duidelijk gemaakt dat de verantwoordelijkheid voor de plichten van onder toezicht gestelde en in problemen geraakte banken, niet wordt overgenomen.²¹ Wat daar verder van zij, een en ander doet in het geheel

17 Daarover Giesen, AV&S 2002, p. 102; Core Principles Banking Supervision, p. 8.

18 Dat geldt wellicht eens te meer indien de kosten van voldoende toezicht lager zijn dan de kosten van falend toezicht, zie Core Principles Banking Supervision, p. 8.

19 Opgemerkt dient te worden dat 'de bijdrage van de onder toezicht gestelde ongetwijfeld doorberekend zal worden aan de klanten, zodat het uiteindelijk de belastingbetalers zijn die de hele rekening betalen.

20 Zie met name de Engelse *Osman*-zaak zoals die bij het EHRM terecht kwam, EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134 (Osman), waarin bepaald werd dat een 'blanket immunity' zonder alle 'public policy' argumenten af te wegen, in strijd met art. 6 EVRM was, en de verdere nasleep daarvan, met name het arrest inzake *Z/UK* (EHRM 10-5-2001, no. 29392/95), alsmede *K. v. the Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 775, m.n. nr. 45, waaruit blijkt dat art. 6 niet elke immuniteit kan verstoren. De Engelse financiële toezichthouder behoudt dus een comfortabele positie, aldus Proctor JIBFL 2002, p. 78. Zie hierover verder onder andere Kortmann c.s. 2001, p. 218 e.v.; Vranken 2003, § 4.2; Smits 2003, p. 139-143; Proctor, JIBFL 2002, p. 20-21; Rogers 2003, p. 38 e.v. De Mot, NJB 2001, p. 1672 en 1674, stelt overigens dat een immuniteit soms, als de onrechtmatigheid zeer lastig is vast te stellen, goed kan zijn om 'defensieve conduct' te vermijden. Ik geloof echter niet in dat argument, zie § IX.2.8.

21 Smits/Luberti 1999, p. 367, met verdere verwijzingen.

niets af aan de beoordeling, naar algemene civielrechtelijke maatstaven, van een eventuele aansprakelijkheidsstelling indien die ingediend wordt.²²

Naar de redenen voor het niet bij voorbaat (totaal) exonereren van elke mogelijke aansprakelijkheid, kan alleen gegist worden, maar wat waarschijnlijk meespeelt, zo niet beslissend is geweest, is dat zich in Nederland nooit echt grote financiële problemen met banken voorgedaan hebben, zoals dat elders wel gebeurd is.²³ Vanuit het oogpunt van preventie zou een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid ook niet voor de hand liggen, omdat de toezichthouder dan geen prikkel zou hebben om voorzorg te nemen en zorgvuldig te handelen (zie ook § 2.5). De conclusie kan voorlopig dan ook luiden dat de keuze voor een vrijwaring de juiste was.

2.4 Ruimere toepassing van de vrijwaring?

Wanneer wij nogmaals de blik richten op de gekozen constructie van de vrijwaring, rijst wel meteen de vraag of dezelfde argumenten om tot een vrijwaring te komen, niet voor veel meer toezichthouders gelden, zodat een dergelijke vrijwaring veel algemener zou moeten gelden. Aan DNB is bijvoorbeeld voor haar taken als toezichthouder op het kredietwezen geen vrijwaring verleend, zoals hiervoor al aan de orde kwam. Dat is in zekere zin vreemd omdat de potentiële claims aldaar evenmin gering zullen zijn. Wat bij DNB echter speelt, ook dat noemde ik al, is dat eventuele claims ten laste van de DNB toch al betaald zullen worden door de Staat als enig aandeelhouder.²⁴

Maar dezelfde vraag speelt ook een rol als wij de positie van bijvoorbeeld de NMa, de OPTA of de DTe in ogenschouw nemen. Indien wij voorlopig nog uitgaan van de situatie dat niet alleen de DTe, maar ook de OPTA onder de NMa zal gaan vallen – hetgeen oorspronkelijk wel de bedoeling was maar nu weer in twijfel is getrokken²⁵ – moeten wij constateren dat die toezichthouders geen afzonderlijke rechtspersoon vormen, zoals bijvoorbeeld de AFM, maar nog steeds een onderdeel (dienst) zijn van het Ministerie van Economische Zaken zodat de rekening van een eventuele aansprakelijkheid ook daarheen (en dus naar de Staat) zal gaan. Het is dan dus (toch al) de Staat die eventueel betaalt, zodat vrijwaringen overbodig zijn. Dat de NMa eventueel als ZBO (zelfstandig bestuursorgaan) verder door het leven gaat,²⁶ doet aan een en ander niet af omdat dat niets zegt over de rechtsvorm waarin de NMa dan eventueel gegoten zou zijn.

22 Smits/Luberti 1999, p. 367, suggereren dat dat wel zo zou zijn, maar sluiten uiteindelijk ook aan bij de notie dat de algemene civielrechtelijke maatstaven hier gelden, zie p. 377, alwaar ze aangegeven dat een volledige uitsluiting niet zou passen.

23 Zie daarover Smits/Luberti 1999, p. 365 (Duitsland) en p. 366 (Engeland).

24 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 843, nr. 1, p. 12.

25 Zie *Kamerstukken I* 2003/04, 27 639, nr. A, p. 4 en Mortelmans, NJB 2004, p. 1641.

26 Zoals voorzien is, zie *Kamerstukken I* 2003/04, 27 639, nr. A, en Mortelmans, NJB 2004, p. 1638 en 1641, maar of het werkelijk zover gaat komen, blijft ongewis, zie Mortelmans, NJB 2004, p. 1642.

Die situatie wordt echter anders als de NMa niet alleen een ZBO wordt maar tevens rechtspersoonlijkheid krijgt, hetgeen overwogen wordt.²⁷ In dat geval zou het voor de hand liggen om ook hier een vrijwaring in te voeren. De daarvoor in ander verband aangevoerde vrees voor grote, onbetaalbare vorderingen indien er iets mis gaat, en het probleem van de lastige spreiding van de kosten, speelt immers bij de NMa evenzeer als elders.²⁸ Nog algemener bezien, betekent dit dat diverse andere toezichthouders, te weten diegenen die wel een aparte rechtspersoon zijn, alle toezichthoudende stichtingen bijvoorbeeld, dus in beginsel een gooi naar immuniteit zouden kunnen doen, mits ook in hun geval de potentiële claims erg omvangrijk zijn en de kosten niet (geheel) kunnen worden doorberekend, bijvoorbeeld aan de onder toezicht gestelden.

2.5 *Invloed op de aansprakelijkheid van toezichthouders?*

De vraag die resteert, is wat de eventuele invloed is van een en ander op de aansprakelijkheid van de Nederlandse toezichthouders. Betekent de afwezigheid van een immuniteit dat de aansprakelijkheid met (extra) terughoudendheid benaderd zou moeten worden, of betekent de aanwezigheid van een vrijwaring nu juist dat er geen reden is voor terughoudendheid omdat de toezichthouder de last uiteindelijk toch niet zelf draagt? De tendensen lijken op het eerste gezicht tegengesteld. De afwezigheid van een immuniteit maakt voorzichtig ten aanzien van het al te ruimhartig toekennen van schadevergoeding, omdat dat potentieel verstrekkende gevolgen (grote claims of veel kleine claims) kan hebben voor de toezichthouder. Tegelijkertijd heft de aanwezigheid van een vrijwaring die voorzichtigheid meteen weer op. Dat zou dan tot een neutraal resultaat moeten leiden in die zin dat de niet-immuniteit en de vrijwaring het beste geheel genegeerd zouden kunnen worden bij beoordeling van de wenselijkheid van aansprakelijkheid in algemene zin.

Er zit één 'mits' aan die conclusie, en dat is dat uit het niet aanwezig zijn van een immuniteit ook geconcludeerd zou kunnen worden dat het binnen de Nederlandse context blijkbaar niet als een probleem wordt ervaren dat een toezichthouder aansprakelijk zou kunnen zijn, ondanks alle mogelijk daaraan verbonden gevolgen.²⁹ Zulks klemmt te meer in de wetenschap dat men de stap van aanvaarding van een immuniteit elders wel genomen heeft. Deze conclusie wordt nog versterkt door de wel aanvaarde

27 Zie Kamerstukken I 2003/04, 27 639, nr. A, p. 4. Een en ander zou 'op termijn' moeten gaan plaatsvinden en een wetsvoorstel zal 'spoedig worden voorbereid'. Welke rechtsvorm dat dan wordt, wordt niet gezegd.

28 Uitgaande van de hoogte van de bedragen die de NMa als boete kan opleggen, bijvoorbeeld inzake de bouwfraude, zal het zeker om immense bedragen gaan als er ooit een vordering tot betaling van schadevergoeding richting de NMa wordt gelanceerd. Bovendien, alleen al de reputatieschade die de NMa kan aanbrengen door bijvoorbeeld een inval te doen of door een openbaarmaking (vgl. Doorenbos, NJB 2003, p. 2190 e.v.), is enorm.

29 De wel aanwezige vrijwaring leidt niet tot de tegengestelde conclusie, namelijk dat aansprakelijkheid wel een probleem zou zijn, want als dat werkelijk zo zou zijn, was er wel een immuniteit aangenomen.

vrijwaring, omdat daardoor de gevolgen voor de toezichthouder uiteindelijk beperkt blijven. Zo deze tweede conclusie al niet getrokken zou mogen worden, hetgeen ik betwijfel, staat echter nog steeds boven water dat dan in elk geval geconstateerd kan worden dat de huidige Nederlandse situatie in deze niet tot terughoudendheid, maar hoogstens tot neutraliteit (de eerste conclusie) noopt.

Of betekent het bestaan van immuniteiten elders (zie § 3 hierna) nu juist dat terughoudendheid bij de aansprakelijkheid van toezichthouders een breed draagvlak heeft en dus in stand gelaten of zelfs ingevoerd moet worden, ook in Nederland? De terughoudendheid elders zou natuurlijk als een aanwijzing gezien kunnen worden dat voorzichtigheid geboden is, maar eenzelfde voorzichtigheid zit evenzeer ingebakken in het systeem zoals ik dat voorsta (gewone schuldaansprakelijkheid waarbij getoetst wordt aan de *Kelderluik*-factoren), zodat een (nog) verdergaande terughoudendheid, bijvoorbeeld via een immuniteit, niet op zijn plaats zou zijn, zoals ik al eerder constateerde.³⁰

Indien er vervolgens uitgegaan wordt van een ander perspectief, namelijk dat van de prikkels die een eventuele vrijwaring geeft, dan concludeer ik dat zo'n vrijwaring in elk geval geen prikkel tot preventie aan de toezichthouder zal geven. Aansprakelijkheid wordt niet direct in de eigen portemonnee gevoeld, maar wordt uiteindelijk elders neergelegd. Zelfs als dat de zorgvuldigheid bij de uitvoering van het toezicht niet zal verminderen, zal dat het nemen van extra maatregelen zeker niet stimuleren. Of die extra voorzorg nu wel of niet genomen wordt, voor de rekening maakt zulks uiteindelijk niet uit.³¹ Eén en ander zou dan ook kunnen betekenen dat er eerder aansprakelijkheid zal intreden, omdat er vaker onzorgvuldig gehandeld zal worden. Uiteraard zijn er echter andere redenen dan louter financiële te bedenken om aansprakelijkheid tegen te willen gaan (reputatie, kritieken vanuit de politiek) en om dus wel die extra voorzorg te willen nemen, maar het effect daarvan is lastig meetbaar. Belangrijker is in dit kader de aanwezigheid van een eigen risico voor de toezichthouder (zie § 2.2). Daarvan zal weer wel een prikkel uit gaan die onzorgvuldig gedrag (tot op zekere hoogte) tegen gaat.

Een laatste punt is dat het eigenlijk de onder toezicht gestelde zou moeten zijn die maatregelen neemt om schade te voorkomen. Als wij het echter hebben over de (afgeleide) aansprakelijkheid van een toezichthouder, is dat een gepasseerd station. Net zoals de aansprakelijkheid van de onder toezicht gestelde niets afdoet aan de aansprakelijkheid van de toezichthouder, zal de vraag of die onder toezicht gestelde al dan niet maatregelen nam, niets afdoen aan de vraag of de toezichthouder op zijn beurt maatregelen had moeten treffen.

30 Zie nader hierover hoofdstuk IX en hoofdstuk XIII.

31 In dat geval kan men de maatregel dus beter niet nemen, want dan bespaart men zich de kosten van die maatregel.

3 Immuniteiten ten aanzien van financieel toezicht elders³²

3.1 Immunititeit in Engeland

De Nederlandse positie in deze is tot op zekere hoogte wellicht uniek,³³ en tegelijkertijd is deze eigenlijk ook nog vrij mild ten opzichte van de benadeelden. In Nederland is immers aansprakelijkheid van de toezichthouder gewoon mogelijk, alleen betaalt een ander de rekening. Elders is de situatie niet zo gunstig.

Zo hebben de Bank of England en later de Financial Services Authority (FSA) als Engelse toezichthouders op de financiële marktsector, een 'statutory immunity' mogen verwelkomen.³⁴ Aansprakelijkheid is alleen nog mogelijk indien de handeling of het nalaten 'in bad faith' geschiedde. Zulks werd neergelegd in eerst de Banking Act 1987, later in section 187 Financial Services Act 1986 en nadien in Schedule I, section 19 (3) behorende bij de Financial Services and Markets Act 2000.³⁵ In die laatste wet werd overigens bepaald dat aansprakelijkheid ook mogelijk is bij een inbreuk op de Human Rights Act.³⁶

Bijzonder aan deze immuniteitsverlening is dat er eigenlijk weinig aan de hand was op het vlak van aansprakelijkheid van financiële toezichthouders.³⁷ Naar de gewone regels van Common law en met name de 'tort of negligence' was het namelijk al zeer lastig, om niet te zeggen onmogelijk, voor gedupeerde individuele beleggers en crediteuren om schadevergoeding te krijgen. In *Yuen Kun-yeu v. Attorney-General*

32 Voor een overzicht in trefwoorden van 31 landen (25 landen kennen wel 'legal protection'; 4 landen waaronder Nederland niet; voor 2 landen is de situatie onduidelijk), zie Appendix I bij Quintyn/Taylor 2003. Specifiek voor België, zie Wynant, RW 2003-2004, p. 1563, 1569 en 1572-1573, alwaar een beperking van de aansprakelijkheid tot gevallen van bedrog of zware fout is ingevoerd in 2002, in navolging van de Core Principles Banking Supervision, p. 14, hoewel betwijfeld wordt of dat wel verantwoord kan worden.

33 In Nieuw-Zeeland kent men ook een vrijwaring, zie Proctor, JIBFL 2002, p. 76, maar die is nogal merkwaardig omdat die pas inroepbaar is als de toezichthouder zorgvuldig handelde, zodat de vrijwaring wegens gebrek aan aansprakelijkheid niet meer nodig is.

34 Over die instituten en hun verhouding onder andere Andenas/Fairgrieve 2000, p. 338. De FSA heeft een deel van het toezicht van de Bank of England overgenomen, maar niet het liquiditeitstoezicht, zie Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002, p. 760. Ook buiten de gevallen van financieel toezicht spelen 'immuniteiten' in Engeland wel een rol, bijvoorbeeld op het terrein van de aansprakelijkheid van de politie, zie de al eerder in § 2.3 genoemde Osman-zaak, EHRM 28-10-1998, NJ 2000, 134, en daarover onder andere Kortmann c.s. 2001, p. 218 e.v.; Vranken 2003, § 4.2; Smits 2003, p. 139-143; Proctor, JIBFL 2002, p. 20-21; Rogers 2003, p. 38 e.v.

35 Zie nader McLean, OJLS 1988, p. 450; Smits/Luberti 1999, p. 365; Proctor, JIBFL 2002, p. 16 en p. 19-20.

36 Tison 2003, p. 12; Proctor, JIBFL 2002, p. 20; Lastra/Shams 2001, p. 184; Page 2001, p. 145. Op basis van Schedule I, section 7, is de FSA in elk geval ook verplicht ervoor te zorgen dat er een arrangement bestaat om klachten in verband met 'misconduct' door de FSA te kunnen onderzoeken. Deze 'Complaints Commissioner' kan bijvoorbeeld aanbevelen (aan de FSA) om een vergoeding te betalen aan een klager. Zie hierover nader Page 2001, p. 147; FSA Consultation Paper 73 en <http://www.fsa.gov.uk/accountability>.

37 Zie Tison 2003, p. 11; Proctor, JIBFL 2002, p. 17 en p. 78; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 340; Page 2001, p. 145.

of *Hong-Kong*³⁸ besliste de *Privy Council* immers al dat voor het bestaan van een ‘duty’, en dus voor aansprakelijkheid, nodig was dat er voldoende ‘proximity’ bestond tussen de toezichthouder en de gedupeerde crediteren van de gefailleerde bank. Gezien de beperkte bevoegdheden van de toezichthouder – de toezichthouder was niet in de positie om de controle uit te oefenen over de dagelijkse gang van zaken – en het feit dat toezicht hier niet bedoeld was om een individu garanties te geven over de kredietwaardigheid van een bank, ontbrak die ‘proximity’.³⁹

In *Davis v. Radcliffe*⁴⁰ werd, in navolging van de *Yuen*-zaak die als ‘indistinguishable’ werd gezien, op gelijke wijze beslist. Gegeven de algemene lijnen in het Engelse aansprakelijkheidsrecht, hierop neerkomend dat dat aansprakelijkheidsrecht zich enkel ‘incrementally’ ontwikkelen kan, bestaan er zwaarwegende argumenten tegen het aanvaarden van een ‘duty’. Het gaat hier om een overheidstaak, uitgeoefend in het algemene belang, welke delicate beslissingen vergt op basis van een weging van die algemene belangen. Bovendien zou het gaan om een vorm van afgeleide aansprakelijkheid, iets dat zeldzaam is, terwijl die aansprakelijkheid ten opzichte van een ‘unlimited class of persons’ zou gelden. En net als in de *Yuen*-zaak, zou de gedaagde geen bevoegdheid hebben gehad ‘to control the day-to-day management’ van de bank die onderuit gegaan was.⁴¹

Dezelfde neiging om een ‘duty’ buiten de deur te houden,⁴² speelt overigens nog sterker in de (in deze studie niet besproken) relatie tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde. In *Minorities Finance Ltd. v. Arthur Young (a firm)* werd namelijk beslist dat de Bank of England geen ‘legal obligation’ had ten opzichte van een individuele commerciële bank om zorgvuldig te handelen bij het uitvoeren van toezicht op dergelijke banken. Het zou indruisen tegen ‘common sense and reason’ indien zo’n bank zijn verlies, veroorzaakt door eigen gedrag, zou kunnen claimen bij de toezichthouder omdat de toezichthouder die onzorgvuldigheden had moeten ontdekken en verhelpen.⁴³ Daar zit wat in.

Het voorgaande betekent dat het ook zonder wettelijke immuniteit zeer lastig is te komen tot aansprakelijkheid van een (in elk geval) financieel toezichthouder.⁴⁴ Aansprakelijkheid op basis van ‘negligence’ is nauwelijks nog mogelijk en alleen de ‘tort’ van ‘misfeasance in a public office’ kan eventueel nog ingeroepen worden

38 *Yuen Kun-yeu v. Attorney-General of Hong-Kong* [1988] AC 175; [1987] 2 All ER 705.

39 Zie hiervoor al § IV.3.2 en Giesen 2004, p. 10.

40 *Davis v. Radcliffe* [1990] 1 W.L.R. 821

41 *Davis v. Radcliffe* [1990] 1 W.L.R. 821, op p. 826-827 en p. 830.

42 Zie bijvoorbeeld ook Lord Keith die in *Yuen Kun-yeu v. Attorney-General of Hong-Kong* [1988] AC 175; [1987] 2 All ER 705, op p. 716, aangeeft dat ‘there is much force in these arguments’, waarbij hij dan doelt op redenen van ‘public policy’ (p. 715-716) om geen aansprakelijkheid te aanvaarden.

43 *Minorities Finance Ltd. v. Arthur Young (a firm)* [1989] 2 All ER 105, op p. 110.

44 Expliciet zo McLean, OJLS 1988, p. 451, die de vrees uit dat deze vorm van niet-aansprakelijkheid zich veel breder, te breed, uitstrekt zonder dat op de relevante verschillen gelet wordt (zie p. 452-453). Vgl. ook Andenas/Fairgrieve 2000, p. 340.

om aansprakelijkheid te bereiken.⁴⁵ Een poging daartoe volgde dan ook in de zaak *Three Rivers District Council v. Governor and Company of The Bank of England*.⁴⁶ Nadat de bank BCCI ten onder was gegaan, werd er een poging gedaan om de financieel toezichthouder aansprakelijk te stellen. Toen de zaak de eerste maal voor het *House of Lords* kwam, ging het erom te bepalen wat de vereisten waren voor de aansprakelijkheid op basis van ‘misfeasance in a public office’ en of er een remedie naar Europees recht mogelijk zou zijn, hetgeen ontkend werd. De tweede maal ging het erom of er voldoende grond bestond om de vordering meteen af te wijzen omdat er te weinig vooruitzicht op succes zou zijn (een zogenaamde ‘strike out’ procedure). Dat werd afgewezen, zodat er alsnog een inhoudelijke beoordeling zal volgen.

Wat de precieze eisen zijn waaraan voor een geslaagd beroep op ‘misfeasance’ voldaan dient te zijn, hoeft hier niet uitgediept te worden. Van belang is hier dat ‘bad faith’ vereist is en dat zulks lastig aan te tonen is omdat dan ten minste nodig is dat de ‘public officer’ handelt terwijl hij weet dat hij zijn bevoegdheid overschrijdt.⁴⁷ Ook is nog relevant dat het toepassingsbereik van deze ‘tort’ in de laatste jaren opgerekt is. In geval van dood en letselschade naar aanleiding van of in verband met het optreden van een ‘public official’, zoals een politieagent, kan er in beginsel gewoon een beroep op deze ‘tort’ gedaan worden. Het voordeel is dat het vereiste van ‘proximity’ dat bij een vordering op basis van ‘negligence’ vaak aan aansprakelijkheid in de weg staat, dan niet gesteld wordt. Dat kan zonder dat aansprakelijkheid dan te eenvoudig zou worden, vanwege de overige vereisten.⁴⁸

3.2 Argumenten voor en tegen de Engelse regeling

Al met al blijkt dus dat ook bij toepassing van de tort ‘misfeasance in a public office’ het (wettelijk) vereiste van ‘bad faith’ nodig is,⁴⁹ zodat de aansprakelijkheid voor

45 Zie Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002, p. 760-761; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 340; Proctor, JIBFL 2002, p. 17, en Tison 2003, p. 13. Dat het aansprakelijkheidsrecht ook niet direct oplossingen zou bieden als er geen immuniteit zou zijn, is in die zin van belang dat het voorstelbaar is dat die immuniteit in de toekomst op losse schroeven komt te staan onder invloed van het EVRM, vgl. § 2.3, en Proctor, JIBFL 2002, p. 20-21, zodat dan het aansprakelijkheidsrecht weer direct van belang wordt. In dat kader is dan van belang dat deze ‘tort’ langzaam een iets breder bereik lijkt te ontwikkelen en ook toegepast lijkt te kunnen worden om het handelen van de politie te beoordelen, zie Spencer, CLJ 2003, p. 543 e.v.

46 Zie *Three Rivers District Council v. Governor and Company of The Bank of England* [2000] UKHL 33; [2000] 3 All ER 1; [2000] 2 WLR 1220, en het vervolg in *Three Rivers District Council v. Governor and Company of The Bank of England* [2001] UKHL 16; [2001] 2 All ER 513.

47 Uitvoerig nader daarover Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002, p. 761 e.v., en eerder al Andenas/Fairgrieve 2000, p. 341-342.

48 Zie *Akenzua v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 1470, en daarover Spencer, CLJ 2003, p. 543 e.v.

49 Zie Wissink, SEW 2002, p. 93-94; Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002, p. 764-765, en met iets meer reserve Tison 2003, p.13.

falend toezicht op banken ook via deze route erg terughoudend benaderd wordt.⁵⁰ De echt relevante vraag bij dit alles betreft natuurlijk niet de juiste interpretatie van de (niet snel tot aansprakelijkheid leidende) toepassingsvoorwaarden voor deze specifieke ‘tort’, maar de vraag waarom de sneller tot aansprakelijkheid leidende regels van ‘negligence’ niet toepasselijk werden verklaard en waarom de wetgever daar nog een schepje bovenop gedaan heeft met een wettelijke immuniteit.

De redenen daarvoor lijken te zijn dat men wilde voorkomen dat de toezichthouder zich terughoudend zou opstellen bij het optreden tegen de onder toezicht gestelden (‘defensive supervision’): ‘the public interest is better served by an uninhibited watchdog than by a legally responsible one.’⁵¹ Het oordeel ten aanzien van de moeilijke beslissingen die toezichthouders nu eenmaal dienen te nemen, na weging van alle belangen, zou niet verstoord mogen worden door de mogelijkheid van aansprakelijkheid.⁵² Het ‘floodgates’-argument kwam ook weer boven. Een financieel toezichthouder aansprakelijk achten zou ‘far-reaching implications’ hebben voor een ‘wide variety of regulatory agencies’.⁵³ De rekening zou voor de toezichthouder te hoog zijn als deze zou moeten opdraaien voor insolvente financiële instituten.⁵⁴

Voorkomen dat ‘public officers’, die altijd ten behoeve van het publieke goed moeten handelen, overvallen worden door ‘unmeritorious actions’, ongefundeerde claims, was een volgende reden om de aansprakelijkheid van de Bank of England als toezichthouder zeer beperkt op te vatten. De andere kant van de medaille is echter dat ‘tort law’ tegen machtsmisbruik door de uitvoerende macht ingezet zou kunnen worden.⁵⁵

Ook zou er nog op gewezen kunnen worden dat het vertrouwen in de markt altijd beschermd moet zijn en aansprakelijkheid van de toezichthouder wellicht tot ‘paniek’ zou kunnen leiden. Daarbij moet dan wel meteen opgemerkt worden dat via aansprakelijkheid voorkomen wordt dat het mis gaat, omdat dat aansprakelijkheidsrecht de toezichthouder dwingt om extra goed op te letten. Daarbij aansluitend zou zelfs gesteld kunnen worden dat het blootstellen van een toezichthouder aan een eventuele aan-

50 Expliciet in die zin Proctor, JIBFL 2002, p. 78, die tevens aangeeft dat de ‘civil law’ systemen hierin minder terughoudend zijn.

51 Zie daarover McLean, OJLS 1988, p. 450; Page 2001, p. 145.

52 McLean, OJLS 1988, p. 450; Page 2001, p. 145. Zie ook Lastra/Shams 2001, p. 184, wijzend op ‘the need for effective regulation’ en ‘hampering in the discharge of (...) functions’. Een en ander betekende wel dat de FSA een klachtenprocedure moest ontwikkelen, zie opnieuw Lastra/Shams 2001, p. 184. Zonder enige terughoudendheid ten aanzien van de aanwezigheid van ‘defensive supervision’: Quintyn/Taylor 2003, p. 271-272 (‘is bound to paralyze’ en ‘are afraid to’). Zie naar aanleiding van het Franse recht ook nog Fairgrieve, EBLR 1999, p. 19.

53 *Yuen Kun-yeu v. Attorney-General of Hong-Kong* [1988] AC 175, op p. 190; [1987] 2 All ER 705, en daarover McLean, OJLS 1988, p. 449. Voor Frankrijk opnieuw Fairgrieve, EBLR 1999, p. 19 (toevloed aan bureaucratische controle) en p. 21. Een aansprakelijkheid voor een bepaald deel van de schade, bijvoorbeeld via de verlies van een kans-theorie, vgl. Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002, p. 771 en 779, zou tegen die vrees kunnen helpen.

54 Andenas/Fairgrieve 2000, p. 333 en 360, en Fairgrieve, EBLR 1999, p. 19, voor Frankrijk.

55 Meer hierover in de uitspraak inzake *Three Rivers District Council v. Governor and Company of The Bank of England* [2000] UKHL 33; [2000] 3 All ER 1; [2000] 2 WLR 1220.

sprakelijkheid gezien kan worden als een teken van kracht. Het disciplineert de sector, terwijl immuniteit de verantwoordelijkheid vermindert en zo een ‘moral hazard’ scheidt, te weten een toezichthouder die minder stringent hoeft op te letten. Bovendien betekent de afwezigheid van immuniteit niet dat de toezichthouder bij elke teloorgang van elke bank aansprakelijk is, daarvoor zal toch echt een verwijt nodig zijn.⁵⁶

Al met al moge duidelijk zijn dat de redenen voor terughoudendheid die hier ineroepen worden, in wezen dezelfde zijn als die welke bij de bepaling en invulling van de zorgvuldigheidsnorm als zodanig al een rol speelden.⁵⁷ De weging van die argumenten zal hier dan ook niet anders kunnen uitpakken dan eerder het geval was (zie § IX.2), zodat die terughoudendheid afgewezen moet worden.

3.3 Frankrijk

In *Frankrijk* wordt er redelijk veel geprocedeerd over falend toezicht op banken en investeringsmaatschappijen, toezicht dat wordt uitgevoerd door een aantal door de Staat ingestelde Commissies⁵⁸ zodat een eventuele aansprakelijkheid direct op de Staat rust. Dat betekent ook dat de weg van het Franse administratieve recht gevolgd moet worden. Hoewel er veel procedures zijn, werd de Staat slechts in een enkele zaak werkelijk aansprakelijk geacht en tot schadevergoeding veroordeeld.⁵⁹

Dat heeft hiermee te maken dat het hier gaat om een schuldaansprakelijkheid, aansprakelijkheid op basis van een ‘faute’, waarvoor extra zware eisen gelden. Een gewone ‘faute’ is niet voldoende, voor aansprakelijkheid is een ‘faute lourde’, een zware fout, nodig.⁶⁰ En zo’n gekwalificeerde fout lijkt te vereisen dat de toezichthouder passief is gebleven of totaal inadequate maatregelen heeft genomen, terwijl er sprake was van ernstige onregelmatigheden waarvan de toezichthouder geweten moet hebben. Hoewel er dus geen wettelijke immuniteit voor de toezichthouders aanvaard is, is het uiteindelijke effect dat bereikt wordt via de route van deze ‘faute lourde’ ongeveer identiek aan een wettelijke uitsluiting.⁶¹

In recente tijden zijn er overigens signalen te zien geweest die er op duiden dat het ‘faute lourde’-vereiste met iets meer *coulance* benaderd wordt zodat er eerder tot

56 Zie hierover Tison 2003, p. 6, alsmede p. 28 (aansprakelijkheid wel accepteren kan de reputatie verhogen en zo een ‘competition for excellence’ in gang zetten).

57 Waarbij de toezichthouders zelf het liefst een immuniteit genieten, zie *Core Principles Banking Supervision*, p. 14, waarover Tison 2003, p. 7.

58 Het gaat om ‘le conseil national du crédit’, ‘la commission de contrôle des banques’ en ‘la commission des opérations de bourse’, waarover bijvoorbeeld Denoix de Saint Marc 1986.

59 Zie daarover Tison 2003, p. 14-15; Denoix de Saint Marc 1986, p. 573; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 350; Fairgrieve, EBLR 1999, p. 17.

60 Zie Denoix de Saint Marc 1986, p. 573-574; Fairgrieve, EBLR 1999, p. 16-18; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 346; Proctor, JIBFL 2002, p. 76, en over dat concept in meer algemene zin ook Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 109-110.

61 Vgl. Tison 2003, p. 15. Bovendien worden bepaalde beslissingen als rechtspraak gezien, zodat de niet of nauwelijks in te roepen aansprakelijkheid van de Staat in verband met rechterlijke uitspraken geldt, zie Denoix de Saint Marc 1986, p. 575.

aansprakelijkheid geconcludeerd kan worden.⁶² Ook lijkt het erop dat de regeling streng is omdat de meeste zaken niet draaien om gewone particuliere rekeninghouders die verlies geleden hebben, maar om risicovolle transacties van ‘high risk investors’, onder andere omdat er voor de gewone particulier een garantieregeling bestaat (§ 3.6).⁶³

3.4 Duitsland

In *Duitsland* is op een gegeven moment de bestaande, in de rechtspraak gevormde regel van aansprakelijkheid van de financieel toezichthouder op basis van § 839 BGB, de regeling van de ‘Amtshaftung’, herzien.⁶⁴ Bij wet werd bepaald dat de toenmalige toezichthouder, het Bundesaufsichtsamt, welke overigens samen met de Bundesbank het toezicht uitoefende,⁶⁵ haar taken alleen uitoefent in het algemeen belang. Zulks werd neergelegd in lid 4 van § 6 van de ‘Gesetz über das Kreditwesen’ en in enkele aanverwante wetten.⁶⁶ Dit betekende dat een vordering tegen de toezichthouder op basis van § 839 BGB niet langer mogelijk was, omdat in het kader van die regeling de geschonden norm specifiek diende te strekken tot bescherming van de individuele benadeelde. Dat was natuurlijk niet het geval als het toezicht enkel uitgeoefend werd in het algemene belang, zoals de wet bepaalde, en niet in het belang van de individuele belegger.⁶⁷

In de voor de hier bedoelde wetswijziging nog richtinggevende rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* uit 1979 werd bepaald dat het toezicht ook het belang van het individu diende, zodat een vordering wel kans van slagen had.⁶⁸ Precies dat moest echter voorkomen worden ter bescherming van de toezichthouder, vandaar de al genoemde wetswijziging. Op deze wijze verwierf de toezichthouder alsnog een immuniteit, een immuniteit die ook grondwettelijk geacht werd.⁶⁹ Toen in 2002 het financiële toezicht in Duitsland herzien werd, en het Bundesanstalt de enige financiële toezichthouder werd, is het vierde lid van § 6 overigens weer geschrapt.⁷⁰ Voor de

62 Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002, p. 770; Zie ook Andenas/Fairgrieve 2000, p. 347-350, die ook aangegeven dat vervolgens via de causaliteit en schadeberekening de aansprakelijkheid binnen de perken wordt gehouden.

63 Zie met name Fairgrieve, EBLR 1999, p. 19-20

64 Uitvoerig over het navolgende Habscheid 1988.

65 Vgl. bijvoorbeeld Andenas/Fairgrieve 2000, p. 352-353.

66 Zie Tison 2003, p. 11; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 357 e.v.

67 Zie over het voorgaande Smits/Luberti 1999, p. 365; Tison 2003, p. 9-11; Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002, p. 771.

68 Zie BGH NJW 1979, 1354; BGH NJW 1979, 1879, en daarover onder andere Tison, 2003, p. 10; Habscheid 1988, p. 27 e.v., en voordien al Schwark, JZ 1979, p. 670 e.v.; Püttner, JZ 1982, p. 47 e.v.

69 Tison 2003, p. 11; Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002, p. 772; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 358.

70 Zie de ‘Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht’ van 22 april 2002, *BGBI.* 2002, I, p. 1310 e.v. Deze wet integreert al het financiële toezicht in Duitsland (bijv. van het oude Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, de centrale bank, en het toezicht op de effectenhandel en het verzekeringswezen) in één Bundesanstalt (BAFin).

regeling inzake (het ontbreken van) aansprakelijkheid lijkt dat (nog) geen effect te hebben gehad.

3.5 *De Verenigde Staten van Amerika*

In de VS zijn de (federale) overheid en de overheidsdiensten ('agencies'), waartoe veel toezichhouders behoren, in beginsel immuun voor aansprakelijkheid op basis van 'tort law' tenzij daarvan afstand gedaan is (via een 'waiver'). Ten opzichte van 'tort claims' is er op basis van de 'Federal Tort Claims Act' sprake van zo'n 'waiver' van immuniteit, tenzij er sprake is van de uitoefening van een zogenaamde 'discretionary function'. De beslissende vraag daarbij is of het overheidshandelen een element van beoordeling of keuze in zich droeg en of de beslissing een kwestie van 'policy' betrof. Indien dat het geval is, blijft de immuniteit bestaan en is aansprakelijkheid niet mogelijk.⁷¹ Aangezien veel toezichtstaken kwesties van 'policy', van beleidskeuzes, zullen betreffen en niet (louter) uitvoering van al gemaakt beleid, zal deze immuniteit zeker van invloed zijn en veel claims bij voorbaat tegengaan.

3.6 *Europese garanties voor 'depositors'*

Sinds 1994 geldt binnen de Europese Unie de 'Deposit Guarantee Directive'⁷² welke tot gevolg heeft gehad dat er een garantiesysteem (de Collectieve Garantieregeling) bestaat bij een faillissement van een bank in een van de Lid-Statens. Indien een bank faillieert, wordt kort gezegd aan de gedupeerde rekeninghouders (afhankelijk van hun inleg uiteraard) een bepaald bedrag uitgekeerd via het door elke Staat in te voeren garantiesysteem. Naar Europese normen is dat garantiebedrag vastgesteld op minimaal € 20.000,-. Een soortgelijke garantieregeling gold voordien al in Nederland,⁷³ Engeland,⁷⁴ Frankrijk⁷⁵ en Duitsland.⁷⁶

Een en ander is in het kader van de aansprakelijkheid en eventuele immuniteit van de financiële toezichhouders in Europa van belang omdat daarmee voorkomen wordt dat deze toezichhouders in potentie vele (honderden) kleine claims op hun dak krijgen als er een bank onverhoopt over de kop zou gaan. Immers, al die kleine claims worden op deze manier al uit het systeem gefilterd; ze worden voldaan zodat er geen schade meer is. Dat heeft tot gevolg dat in elk geval de eerder al genoemde

71 Zie Proctor, JIBFL 2002, p. 71, en in meer algemene zin Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002, p. 97-99, met verdere verwijzingen.

72 Zie Richtlijn 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels, Pb. L 135/0005, en daarover Van Dijk, NTBR 2003, p. 194 (noot 68), en Jaarverslag DNB 2002, p. 122. De richtlijn is erop gericht de stabiliteit van het bankwezen en de bescherming van de spaarders te versterken.

73 Zie Michiels van Kessenich-Hoogendam 1987, nr. 110. Overigens bestaat eenzelfde regeling voor beleggers, zie Jaarverslag DNB 2002, p. 122.

74 Vgl. McLean, OJLS 1988, p. 450, noot 38; Andenas/Fairgrieve 2000, p. 343.

75 Fairgrieve, EBLR 1999, p. 20.

76 Andenas/Fairgrieve 2000, p. 359-360.

suggestie dat een vrijwaring of immuniteit nodig zou zijn omdat toezichthouders gevrijwaard zouden moeten blijven van (de mogelijkheid van) een grote hoeveelheid vorderingen (de 'floodgates'), in zoverre aan kracht heeft ingeboet.⁷⁷ De meeste claims worden op deze manier afgedaan, zodat op zijn hoogst enkel nog de grotere claims (die veel minder zullen voorkomen) resteren.⁷⁸

Een potentieel nadeel van zo'n garantiesysteem is wel dat de prikkels die daarvan uit gaan om zorgvuldig te handelen, miniem zijn, en bestaande prikkels daardoor zelfs weg gepolijst worden. Immers, de in problemen verkerende bank had al en heeft geen belang bij (extra) zorgvuldig opereren omdat eventuele claims toch niet te verhalen zijn, gezien de noodwekkende financiële situatie,⁷⁹ en dat zal niet veranderen door de garantieregeling. Daar komt door die garantie echter nog bij dat nu ook de toezichthouder zich niet al te druk (meer) hoeft te maken over de belangen van de kleine belegger of rekeninghouder, want die krijgt zijn geld toch wel terug na een onverhoopte insolventie van een bank. Gewoon toezicht op gewone banken zal dan ook laag geprioriteerd worden, zo mag verwacht worden.

Dat is echter in potentie zeer gevaarlijk omdat een bancaire fiasco bij zo'n gewone bank direct repercussies zal hebben voor het gehele bancaire systeem. Een bank van het niveau Rabobank, ABN-AMRO of ING die faillieert, is net even erger dan een insolvente kleine en gespecialiseerde bank die niemand eigenlijk kende. Ook hier is dus toezicht nodig, maar de prikkels om dat toezicht ook uit te oefenen zijn beperkt, onder andere omdat er deze garantieregeling is.⁸⁰ Deze vorm van consumentenbescherming, hoe begrijpelijk en in essentie juist deze ook moge zijn, leidt hier dus tot een verhoogd risico voor het systeem als zodanig.

4 Conclusie

De vraag of immuniteiten voor toezichthouders nodig en of wenselijk zijn, is uiteindelijk geen wezenlijk andere dan de vraag of aansprakelijkheid van toezichthouders nodig of wenselijk is. Dezelfde argumenten komen nogmaals kijken. De weging van die argumenten als het om een immuniteit gaat, zal echter niet (mogen) verschillen van die weging bij de 'echte' aansprakelijkheidsvraag. Aangezien aansprakelijkheid in

77 Het bestaan van dit garantiesysteem wordt ook op zichzelf aangevoerd als argument tegen aansprakelijkheid van de toezichthouder ('het verlies is al gedekt'), maar dat is onjuist omdat er een limiet aan de vergoeding is gesteld zodat deze niet volledig is. Bovendien betalen de financiële instellingen deze vergoeding en niet de toezichthouders. Zie Tison 2003, p. 5-6.

78 Zekerheid daarover heb ik niet, maar ik durf de stelling aan dat met die vele kleine claims ook de meeste kou uit de lucht is. De enkele grotere claims die resteren, zullen gezamenlijk niet het bedrag van de vele kleine vorderingen tezamen bereiken.

79 De bank in nood is in rechtseconomische termen 'judgment-proof' (vgl. Polinsky 2003, p. 8). In zo'n geval (en in het algemeen) zou de toezichthouder aansprakelijk moeten zijn (het betreft hier een 'Principal-Agent'-relatie) omdat deze nog enige invloed op de bank zou kunnen uitoefenen, zie Polinsky 2003, p. 9 en 10.

80 Vgl. over dit 'moral hazard' probleem ook Sijben 2004, p. 25.

beginsel naar de normale regels mogelijk moet zijn, zie de voorgaande hoofdstukken, zou een immuniteit niet mogelijk moeten zijn. Dat geldt te meer nu een uitsluiting van aansprakelijkheid de prikkel tot zorgvuldig handelen weg neemt, een ongewenst effect dat sowieso al optreedt in verband met de (Europese) Garantieregeling, maar via een immuniteit nog eens versterkt wordt. Een vrijwaring, zoals deze in Nederland aanvaard is, is op zich wel mogelijk omdat dat geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Omdat de toezichthouder echter niet zelf de rekening gepresenteerd krijgt, kan een vrijwaring ook tot een verminderde afschrikking door aansprakelijkheid leiden. Dat zal zoveel mogelijk tegengegaan moeten worden, bijvoorbeeld door een 'eigen risico' in te bouwen.

XII | De invloed van het proces- en bewijsrecht

1 Inleiding

Zoals dat bij elke vorm van aansprakelijkheid geldt, kan ook de aansprakelijkheid van toezichthouders niet los gezien worden van de processuele context waarin die aansprakelijkheid eventueel te gelde gemaakt zal moeten worden. Het procesrecht werkt zodoende door op het materiële aansprakelijkheidsrecht.¹ Binnen dat procesrecht vormt het bewijsrecht vervolgens een belangrijke schakel, ook als het om toezicht gaat. Voor de beoordeling van hun processuele, en daarmee materiële, positie zullen immers zowel de benadeelde als de aangesproken toezichthouder vaak afhankelijk zijn van informatie en bewijsmateriaal dat zich bevindt bij de primaire dader D, degene op wie het toezicht werd uitgeoefend.² Daar werd immers de eerste, later niet door de toezichthouder ontdekte of voorkomen fout gemaakt. Of, en zo ja, hoe, die informatie boven tafel te krijgen is via het Nederlandse civiele procesrecht wordt bekeken in § 2.³

Nauw met het voorgaande verbonden is vervolgens de vraag in hoeverre deze informatieproblemen van invloed (zouden kunnen of moeten) zijn, op (de verdeling van) de stelplicht en de bewijslast. Zou hier bijvoorbeeld ten aanzien van de schending

1 Dat ligt natuurlijk anders indien voor de afwikkeling van geschillen tussen toezichthouders en derden gekozen zou worden voor een vorm van alternatieve geschilbeslechting (ADR), waarvoor dat ‘officiële’ procesrecht dan niet geldt. Dit zou op zich goed bij toezicht passen, bijvoorbeeld omdat toezicht diverse raakvlakken heeft met zelfregulering (toezicht dient dan meestal als sluitstuk voor een vorm van zelfregulering) en zelfregulering vaak gepaard gaat met een vorm van ADR. Het is hier echter niet de plaats om die mogelijke ADR-vormen en hun toepassing op ‘toezichtsverhoudingen’, te bespreken. Overigens zullen ook die vormen van ADR niet uit de ‘shadow of the law’, met name het materiële aansprakelijkheidsrecht, kunnen treden.

2 Zo bijvoorbeeld Schilder/Nuijts 2004, p. 11 en 68, die dit als reden aanvoeren om toezicht vooral ook door middel van ‘overleg’ en niet louter ‘handhaving’ in te vullen.

3 Dit probleem speelt ook op andere terreinen (bijv. bij afgeleide schade, zie Kroeze 2004, p. 363) en elders. Een vergelijking met bijvoorbeeld het vernieuwde procesrecht in Engeland en Duitsland, zou dan ook zinvol zijn maar daarvoor is hier helaas onvoldoende ruimte. Ik verwijs naar mijn eerdere beschouwingen in Giesen 2001, p. 17 e.v., en naar Van der Wiel 2004. Hetzelfde informatieprobleem speelt niet alleen in die gevallen waarin een derde een vordering tot schadevergoeding geldend maakt (omdat in een dergelijk geval degene die onder toezicht stond, (nog) niet in de procedure betrokken is), maar ook indien de eiser in de procedure zelf degene is die onder toezicht stond, zoals in het geval van de notaris die de belangen van zijn cliënt in acht dient te nemen. In zo’n geval is immers de cliënt (ten dele) afhankelijk van de informatie zoals die zich bij de toezichthouder bevindt.

van de zorgvuldigheidsnorm een ‘aanvullende stelplicht’ of wellicht zelf een bewijsrisico-omkering aanvaard moeten worden (§ 3.2)? Daarnaast lijkt in elk geval ook de bewijslastverdeling ten aanzien van het causale verband in gevallen van onvoldoende toezicht van belang te zijn (§ 3.3). Met name de vraag of de zogenaamde ‘omkeringsregel’ (nog) toegepast kan worden, zal daarbij op de voorgrond treden.

Ook gevallen van massaschade verdienen in dit kader aandacht omdat in die gevallen de preprocesuele of processuele afwikkeling naar het zich laat aanzien alleen maar nog complexer zal zijn. Dat thema zal dan ook kort besproken worden in § 4. Ik rond af door middel van een korte conclusie (§ 5).

2 Processuele en buitenprocessuele informatie- en mededelingsplichten

Als het gaat om het verkrijgen van informatie van een ander (een derde) en om het boven tafel krijgen van informatie die de wederpartij bezit, en dat lukt niet ‘in goed overleg’,⁴ dan biedt het civiele procesrecht een breed, maar evenzeer versnipperd palet aan instrumenten, regels, mededelingsplichten, etc. Deze instrumenten en plichten zijn eerder al uitvoerig beschreven,⁵ zodat hier volstaan kan worden met een korte opsomming van de belangrijkste ervan.

In een dagvaardingsprocedure op tegenspraak gaat het dan om: de dagvaarding (art. 111 Rv) en conclusie van antwoord (art. 128 lid 5 Rv) en de daarmee verweven substantiërings- en bewijsaandragplicht; de stelplicht en betwisting (art. 149 Rv); de comparitie van partijen (artt. 87, 88 en 131 Rv) en eventueel re- en dupliek (art. 132 Rv) en/of pleidooi (art. 134 Rv); de openlegging van boeken (art. 162 Rv); het (voorlopig) getuigenverhoor (artt. 163 e.v. en 186 e.v. Rv) en het verhoor van een partijgetuige (art. 164 Rv); het (voorlopige) deskundigenbericht waaraan partijen verplicht dienen mee te werken (art. 198 lid 3 Rv)⁶ en de plaatsopneming (artt. 194 e.v. en 202 e.v. Rv); ook is er nog de exhibitieplicht van art. 843a Rv en de daaraan verwante mogelijkheid bewijsmiddelen in te zien (art. 843b Rv).

Uiteraard zijn deze instrumenten niet altijd allemaal te gebruiken ten opzichte van elke onder toezicht gestelde. Zo eist art. 843a Rv bijvoorbeeld een ‘rechtsbetrekking’ tussen degene die informatie wil en degene die de informatie onder zich heeft of zou hebben. Of daarvan altijd sprake zal zijn in de relatie tussen S en T, tussen S en D en (eventueel na oproeping in vrijwaring of in een regresactie) tussen T en D, valt nog te bezien. Omdat vooralsnog niet evident is dat een eventueel door D jegens S gepleegde onrechtmatige daad wel als een zodanige rechtsbetrekking geldt,

4 Vgl. nogmaals Schilder/Nuijts 2004, p. 11 en p. 68.

5 Ik verwijs hier naar Van den Reek 1997, nr. 4 e.v.; Giesen 2001, p. 17 e.v., en Van der Wiel 2004, m.n. nr. 39 e.v., en nr. 229 e.v., steeds met verdere verwijzingen.

6 De sanctie op het niet daaraan voldoen (de gevolgtrekking die de rechter geraden acht) kan het inzage- en blokkeringsrecht van het letselschadeslachtoffer ten aanzien van een medisch deskundigenbericht behoorlijk ondergraven, zie HR 26-3-2004, RvdW 2004, 54 (V./Levob) zodat dit artikel een belangrijke bijdrage zou kunnen leveren aan het boven tafel krijgen van extra informatie.

zal dit in die relatie voorlopig een probleem (kunnen) zijn.⁷ Ook ten aanzien van de andere instrumenten is er wellicht soms twijfel mogelijk over de bruikbaarheid ervan.

Als een soort van ‘basisnormen’ voor al deze instrumenten en regelingen, zouden de artikelen 21 en 22 Rv beschouwd kunnen worden. Het betreft hier de algemeen geformuleerde waarheids- of inlichtingenplicht voor partijen (‘Partijen zijn verplicht voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.’) en de informatieplicht ten opzichte van de rechter (de rechter kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen). Zonder die bepalingen hier uitvoerig toe te lichten,⁸ kan als uitgangspunt dienaangaande gesteld worden dat er, in het licht van deze bepalingen, op zich genoeg basis in het procesrecht aanwezig is om zo ongeveer alle gewenste informatie boven tafel te kunnen krijgen. Maar omdat het de rechter en de partijen die dat nodig hebben (nog steeds) ontbreekt aan echte sancties, is en wordt dat potentieel nog (steeds) niet ten volle benut.⁹

Wellicht dat de momenteel lopende fundamentele herbezinning op het procesrecht hierin verandering kan brengen. De wil dienaangaande is er, althans bij de Commissie die de herbezinning in gang gezet heeft. Zo wordt bijvoorbeeld voorgesteld om – kort gezegd – in de verhouding tussen rechter en partijen uit te gaan van een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het proces met een algemene plicht tot medewerking aan het bereiken van het doel van het proces, inclusief sanctionering, en in het verlengde daarvan om meer bevoegdheden bij de rechter te leggen, om deze meer ‘case manager’ te maken. Denken in termen van partij-autonomie en lijdelijkheid wordt dan terug-

7 Zie HR 18-2-2000, NJ 2001, 259 nt. PV (News International/ABN AMRO) waarin de Hoge Raad dit mijns inziens in het midden liet. Volgens Van der Wiel 2004, nr. 50, volgt echter uit dit arrest dat de Hoge Raad een enge opvatting hanteert. Blijkens *Kamerstukken II 1999/00*, 26 855, nr. 5, p. 79, is er ten aanzien van een (eventueel gepleegde) onrechtmatige daad wel sprake van een rechtsbetrekking in de zin van deze bepaling, een opvatting die Van der Wiel 2004, nr. 51, terecht als denkbaar en wenselijk omschrijft. Kroeze 2004, p. 364-365, pleit ook voor een ruime interpretatie van het begrip rechtsbetrekking, net als eerder al Asser-Vranken, nr. 24.

8 Uitvoerig over art. 21 Rv, met verdere verwijzingen, Van der Wiel 2004, nr. 15 e.v., die concludeert dat dit artikel geen plicht behelst om spontaan gegevens in te brengen (zo ook Giesen 2001, p. 21) en dat partijen te goeder trouw moeten zijn ten aanzien van hun feitelijke stellingen. Zie hierover bijvoorbeeld ook nog Klaassen, NJB 2002, p. 1450 e.v. Volgens Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, p. 80, schiet art. 21 Rv tekort.

9 Zie Giesen 2001, p. 27-30. Dat sanctionering hier wezenlijk is, signaleert ook Kroeze 2004, p. 366. Van der Wiel 2004, nr. 32 e.v., betoogt dat op schending van de waarheidsplicht van art. 21 Rv de sanctie ‘onrechtmatige daad’ staat. Los van de vraag of dat (steeds) zo is, vraag ik mij af wat een procespartij daarmee verder kan. Nog een procedure of een incident binnen de al lopende procedure beginnen om dit vast te laten stellen, met de daaraan verbonden processuele moeilijkheden, kosten en emotionele lasten, etc.? Niet echt een aanlokkelijk perspectief (vgl. ook Van der Wiel 2004, nr. 323) en daarmee als sanctie jegens de wederpartij niet direct bruikbaar, zo meen ik. Overigens acht ook Van der Wiel 2004, nr. 346, de sanctie in art. 22 Rv weinig effectief.

gedrongen.¹⁰ Dit alles is hier van belang omdat het bij het boven tafel krijgen van informatie, en met name bij de sanctionering als dit niet gebeurt, uiteindelijk om de verhouding tussen rechter en partijen gaat. Als de rechter meer kan sturen en de partijen actiever worden, kan men bewerkstelligen dat de kaarten eerder op tafel komen.¹¹

Of deze plannen ook doorgang zullen vinden, is op dit moment nog niet te zeggen, maar er kan wel al geconstateerd worden dat er behoorlijk wat oppositie is, juist ook op het vlak van de verhouding tussen rechter en partijen. Zo heeft Snijders aangegeven dat de Commissie op het vlak van de (inperking van de) partij-autonomie een stap te ver gaat. Partij-autonomie is een leidend beginsel van, en inherent aan, het procesrecht.¹² Ook anderen achten een (al te) actieve rechter onwenselijk.¹³

Wel al geldend recht is de mogelijkheid om een procedure tot herroeping op te starten indien er sprake was van bedrog van de wederpartij tijdens het voorafgaande geding (art. 382 Rv). Dit instrument is echter van een wat ander kaliber omdat de herroeping logischerwijs tijdens de eerste procedure niet beschikbaar is. Het is dus hoogstens een laatste redmiddel na afronding van de eerste procedure, en daarmee noodzakelijkerwijs niet meteen een erg effectief sanctie-instrument in die eerste procedure. Een en ander laat echter onverlet dat die regeling, en de rechtspraak inzake bedrog in de zin van die regeling,¹⁴ wel 'naar voren', naar de gewone procedure zal uitstralen en de partijen zal inscherpen dat zij bepaalde informatie (zouden) moeten verstrekken.¹⁵

De conclusie van dit al luidt niettemin dat het geschetste palet voor toezichtsrelaties niet erg florissant is. Juist waar het gaat om het opvragen van en toegang krijgen tot informatie van en bij een derde door het slachtoffer of de toezichthouder,¹⁶ schiet

10 Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, p. 77 e.v., alsmede de samenvatting op p. 265-267. Deze uitgangspunten werken dan door in hoger beroep (zie bijv. p. 268) er worden minder mogelijkheden geboden om misstappen nog te herstellen. De hier nog te bespreken weerstand richt zich zeker ook op die visie op het hoger beroep.

11 Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, p. 79.

12 Snijders, NJB 2003, p. 1700. Wel positief dienaangaande is Hovens, Adv.bl. 2003, p. 554 en 555.

13 Von Schmidt auf Altstadt, NJB 2003, p. 1712; Hammerstein, NJB 2003, p. 1713 ('slaat ... te veel door naar de kant van de rechter'), en zeker ook Duk, TCR 2003, p. 63 e.v. Zie verder nog diverse bijdragen in Hendrikse/Jongbloed 2004. Uit het rapport (Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, p. 88-89) wordt overigens ook duidelijk dat de sanctionering van de nieuwe uitgangspunten nog wel eens een probleem zou kunnen zijn. De ervaringen met het nieuwe procesrecht in Engeland zijn van gelijke strekking, zie Tzankova/Weterings 2003, p. 76.

14 Zie HR 4-10-1996, NJ 1998, 45 (Goosen/Goosen).

15 Zo constateert ook Van der Wiel 2004, nr. 24, dat de term bedrog van betekenis is voor de waarheidsplicht. Of dat dan tot een zogenaamde 'algemene mededelingsplicht' leidt, laat ik hier in het midden, zie nader Giesen 2001, p. 20-22 (nee), en Van der Wiel 2004, nr. 38 (nee).

16 De toezichthouder kan wellicht de bevoegdheden gebruiken die hij toch al heeft als toezichthouder, vgl. de artt. 5:11 e.v. Awb en § V.2, maar dan zou deze die bevoegdheden wel gebruiken voor een op dat moment oneigenlijk doel (toezicht houden, op het moment dat het voor toezicht al te laat is), zodat misbruik van bevoegdheid al snel in gedachten komt.

het procesrecht tekort, in elk geval voor wat betreft de sanctionering.¹⁷ Gevolg daarvan is dan dat bepaalde feiten niet steeds, althans minder eenvoudig, bewezen zullen kunnen worden. Zodoende rijst meteen de vraag wie in dat geval het (bewijs)risico draagt.

3 Omgaan met een informatietekort: bewijslastverdeling en aanvullende stelplicht

3.1 Inleiding

Van eminent belang voor de verwezenlijking van de aanspraken die het materiële recht de benadeelde verschaft, is natuurlijk de verdeling van de bewijslast. Ik ga dat thema hier niet uitvoerig analyseren, dat heb ik eerder gedaan.¹⁸ Hier beperkt ik mij in wezen tot (een antwoord op) twee vragen van bewijslastverdeling, namelijk: welke partij draagt de bewijslast ten aanzien van de onrechtmatigheid en ten aanzien van het causale verband, en kan daar eventueel van afgeweken worden?

3.2 Zorgvuldigheid

Het zou zeker niet ondenkbaar zijn dat er in de sfeer van het bewijsrecht, en dan met name via een vermoeden of een echte bewijslastomkering,¹⁹ tegemoet gekomen zou worden aan de eventueel aanwezige noden van de benadeelde op dat vlak. In *Duitsland* is dat ten opzichte van het toezicht op kinderen en geestelijk gestoorden ook gebeurd via § 832 BGB. Indien de benadeelde aantoont dat hij schade heeft geleden door wederrechtelijk handelen van de onder toezicht gestelde, wordt vermoed dat de toezichthouder zijn plicht verzaakt heeft en dat die schade vermeden zou zijn als de toezichthouder wel juist zou hebben gehandeld.²⁰ Bij het Nederlandse equivalent van die bepaling, art. 6:169 lid 2 BW, speelt die bewijslastverdeling evenzeer een rol. De ouder van een 14 of 15-jarige is aansprakelijk, tenzij die ouder geen verwijt treft. Dat dient de ouder te bewijzen want zijn schuld wordt vermoed.²¹

Gegeven deze voorbeelden, rijst meer in het algemeen de vraag of deze bewijsrechtelijke tegemoetkoming te veralgemenen is en steeds zou moeten gelden als er een toezichthouder aangesproken wordt. De beoordeling van die vraag hangt als altijd nauw samen met het antwoord op de algemene vraag naar de (wenselijkheid van) aansprakelijkheid van, in dit geval, toezichthouders. De materieelrechtelijke aansprakelijkheidsvraag en de bewijslastverdeling dienaangaande, kunnen immers niet los van

17 Bovendien is de 'pakkans' mijns inziens ook nog steeds niet erg groot, zie al Giesen 2001, p. 30.

18 Giesen 2001.

19 Over die begrippen Giesen 2001, p. 13.

20 Zie nader Münch.Komm (Stein) 1997, § 832, Rdn. 29.

21 Asser 1992, nr. 45 in fine, en nr. 65.

elkaar beoordeeld worden. Daarvoor heeft de bewijslastverdeling teveel invloed op het materiële recht, en op de feitelijke uitkomst van de toepassing daarvan.²² Over de aansprakelijkheid van toezichthouders in meer algemene zin heb ik hiervoor al gesteld dat die aansprakelijkheid niet terughoudend benaderd zou moeten worden, maar als een gewone vorm van (schuld)aansprakelijkheid gezien zou moeten worden, die dan via de *Kelderluik*-factoren beoordeeld wordt.²³

Dat uitgangspunt betekent mijns inziens dat een echte bewijslastomkering of het gebruik van wettelijk vermoedens hier niet direct voor de hand ligt. Een gewone aansprakelijkheid, zoals ik die bepleit voor de toezichthouders, is in beginsel een vorm van aansprakelijkheid zonder dat daaraan standaard een omkering van de bewijslast verbonden is voorzover het over de schending van de zorgvuldigheidsnorm gaat.²⁴

In lijn met de stand van zaken op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid²⁵ en aansluitend bij de meer algemene ontwikkelingen op het terrein van het procesrecht, waarbij het steeds meer en eerder openbaren en boven tafel krijgen van feitelijke informatie steeds belangrijker wordt,²⁶ meen ik wel dat het goed zou zijn als er op dit vlak een zogenaamde ‘aanvullende stelplicht’ of ‘verzwaarde motiveringsplicht’ zou gelden. Dat betekent kort gezegd dat de toezichthouder verplicht is de eiser aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen.²⁷ Gezien de complexe feitelijke structuren waarbinnen het toezicht zich regelmatig afspeelt, denk in eerste instantie aan het financiële toezicht, lijkt mij dit niet teveel gevraagd. Zo’n plicht levert mijns inziens een goede balans tussen de mogelijkheden voor de benadeelde en de plichten van de gedaagde.

Die uitkomst, wel een aanvullende stelplicht, maar geen standaard bewijslastomkering waar het gaat om de zorgvuldigheid van het handelen van de toezichthouder, strookt met het resultaat van een toets van dit geval aan het eerder door mij verdedigde model om te bepalen of een omkering van het bewijsrisico nodig is. Dat model²⁸ komt hierop neer dat een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling (art. 150 Rv) gerechtvaardigd is indien in de gevallen waarin aansprakelijkheid in principe wenselijk is op basis van de in beginsel toepasselijke materiële norm, die aansprakelijkheid toch niet kan worden aangenomen – met als gevolg dat verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm niet meer mogelijk is – omdat er in de meerderheid van de gevallen van dat soort structurele bewijsnood bestaat.

Het door mij verdedigde model stelt vervolgens dat de strekking van de materiële norm niet meer te verwezenlijken is als aansprakelijkheid op basis van die materiële

22 Ik verwijs hier naar (met name de drie laatste hoofdstukken van) mijn proefschrift (Giesen 2001, vooral p. 445 e.v.) voor een verdere onderbouwing van die stelling.

23 Zie hiervoor al § VIII.2.4.5 en § IX.3.

24 Dit oordeel laat onverlet dat er (zowel hier als ten aanzien van het nog te spreken causale verband) in specifieke gevallen best ruimte kan bestaan voor de aanname van een bewijslastomkering in de zin van art. 150 Rv. Voor het gebruik van een feitelijk vermoeden is er natuurlijk altijd ruimte.

25 Zie Giesen 1999; Giesen 2001, p. 241 e.v., en Giesen 2003b, steeds met verdere verwijzingen.

26 Zie § 2 en met name Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, bijvoorbeeld p. 80 e.v.

27 Meer daarover bij Giesen 2001, p. 39 e.v.

28 Zie uitvoerig Giesen 2001, p. 445 e.v.

norm niet te bereiken is vanwege de daarbij spelende bewijsproblemen, indien derhalve van de materiële norm in wezen niet meer dan een ‘lege huls’ resteert. Bewijsproblemen in de hier bedoelde zin doen zich daarbij alleen voor als er sprake is van *structurele bewijsnood*. Dat is het geval indien het in de meerderheid van de gevallen die in beginsel op materieelrechtelijk niveau onder de materiële norm geschaard zouden kunnen worden, niet tot toepassing van die norm kan komen doordat de feitelijke voorwaarden daarvoor structureel niet te bewijzen zijn.²⁹

In een aantal van deze gevallen dient aansprakelijkheid echter wel mogelijk gemaakt te worden en daartoe kan de bewijsrisico-omkering ingezet worden (hoewel daar ook materieelrechtelijke en procesrechtelijke alternatieven voor bestaan).³⁰ Dat is het geval indien aansprakelijkheid of een verzwaring van de bestaande aansprakelijkheid in het voorliggende type van gevallen *wenselijk* is. Of aansprakelijkheid inderdaad wenselijk is, is afhankelijk van de *uitleg* van de materiële norm. Op basis van *het doel en de strekking* van die norm dient tot het oordeel gekomen te worden dat aansprakelijkheid wenselijk is. Aanvaarding van een bewijsrisico-omkering is derhalve afhankelijk van de vraag of het doel en de strekking van de materiële norm nog verwezenlijkt kan worden.³¹

Pas ik dit model toe op het geval van aansprakelijkheid van een toezichthouder, dan is de uitkomst dat een algemene bewijslastomkering niet wenselijk is. Er bestaat hier namelijk geen structurele bewijsnood in de hier bedoelde zin. Het is niet zo, althans daarvoor bestaan op dit moment in het geheel geen aanwijzingen, dat het bewijs dat een eiser gemiddeld genomen in verband met het handelen van een toezichthouder zal moeten leveren, bijna per definitie niet leverbaar zal zijn. Dat betekent dat de verwezenlijking van de materiële norm niet in gevaar is, zodat het model verder niet voor toepassing in aanmerking komt. Opnieuw zien wij derhalve dat de aansprakelijkheid van toezichthouder een heel gewone aansprakelijkheid is.

29 Dit betekent niet dat de enkele bewijsnood op zichzelf voldoende is voor een bewijsrisico-omkering. Er dient meer aan de hand te zijn. Door het vereiste van structurele bewijsnood, waarin op zich al een beperking gelegen is, wordt bewerkstelligd dat het model alleen toepasselijk is als de materiële norm van zijn gelding, van zijn effectiviteit beroofd wordt. De verwezenlijking van de materiële norm dient in gevaar te zijn alvorens tot toepassing van het model besloten kan worden. De aanname van een bewijsrisico-omkering (en daarmee een verzwaarde vorm van aansprakelijkheid) is derhalve niet steeds mogelijk als zich een bewijsprobleem aandient.

30 Zie nader Giesen 2001, p. 472 e.v.

31 De invulling van het doel en de strekking van de materiële norm wordt bepaald door de inhoudelijke argumenten, de materiële ‘toerekeningsfactoren’, zoals wij die in het algemeen in het aansprakelijkheidsrecht kunnen vinden. De argumenten die de bewijsrisicoverdeling bepalen, zijn dus uiteindelijk dezelfde als die welke de aansprakelijkheidsvraag op materieelrechtelijk vlak bepalen.

3.3 Causaal verband

3.3.1 Omkering van de bewijslast (art. 150 Rv)

De causaliteitsvraag betreft, het is eerder besproken (§ X.3), met name de vraag of het handelen of nalaten van de toezichthouder de schade van de benadeelde veroorzaakt heeft. Zou de schade ook ingetreden zijn indien de toezichthouder wel correct gehandeld had? Indien nu, gegeven de eerder besproken norm, de vereiste zorgvuldigheid niet in acht is genomen, en dat aspect bewezen is door (in beginsel) de benadeelde, is dan een omkering van de bewijslast ten aanzien van het causale verband, meer bepaald het *condicio sine qua non*-verband, mogelijk?

Waar het normaal de benadeelde is die de bewijslast draagt ten aanzien van het causale verband,³² kan in beginsel van die hoofdregel van art. 150 Rv afgeweken worden. Los van de gevallen van een feitelijk vermoeden van causaal verband, zal het dan in eerste instantie gaan om een toepassing van de beroemde ‘omkeringsregel’.³³ Het gaat dan, als bekend, om de regel die bepaalt dat het causale verband tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.³⁴ De regel kan toegepast worden indien, aldus de Hoge Raad, sprake is geweest van een ‘gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van schade van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade’ terwijl bovendien ‘degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat het specifieke gevaar waartegen de normbescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.’³⁵

Hoe de toepassing van deze regel in de praktijk uitwerkt, en of toepassing ervan op toezichthouders mogelijk is, is hiermee nog niet gezegd, want er blijft gezien deze formulering nog wel wat ruimte over voor twijfel over de toepasselijkheid van de

32 Zie Giesen 2001, p. 116, met verdere verwijzingen.

33 Waarbij ik nog opmerk dat het er alle schijn van heeft (anders dan ik zelf altijd betoogd heb en anders dan wat ik zelf nog steeds als wenselijk recht zie) dat het bij deze regel niet om een ‘echte’ omkering van de bewijslast (in de zin van: bewijsrisico) gaat, maar om een vermoeden, hoewel de uitspraken van de Hoge Raad in deze niet erg duidelijk en consistent zijn, zie de noot van Asser onder HR 29-11-2002, NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen), nr. 14, alsmede HR 9-7-2004, JOL 2004, 400 (AZG/X.), waaruit blijkt dat specificatie van het aanbod tot tegenbewijs bij gebruik van de ‘omkeringsregel’ niet nodig is zodat het er voor gehouden moet worden dat het inderdaad om tegenbewijs gaat en niet om bewijs na een omkering van het bewijsrisico. Dit alles betekent overigens wel dat die ‘omkeringsregel’ dan in wezen overbodig is, zo ook Asser in diezelfde noot, nr. 17.

34 Zie bijv. HR 29-11-2002, NJ 2004, 304 (TFS/NS) en 305 nt. DA (Kastelijn/Achtkarspelen), zoals bevestigd in HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B./J.). Het gaat hierbij, als gezegd, om het *condicio sine qua non*-verband, en voor wat betreft het bewijs door de aangesprokene, is ‘aannemelijk maken’ voldoende.

35 Ontleend aan HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B./J.), verwijzend naar HR 29-11-2002, NJ 2004, 304 (TFS/NS) en 305 nt. DA (Kastelijn/Achtkarspelen).

regel in dergelijke gevallen.³⁶ Uit een arrest van 19 maart 2004³⁷ lijkt immers te volgen dat deze ‘omkeringsregel’ niet (langer) van toepassing kan zijn bij een aansprakelijkheid gebaseerd op een ongeschreven, algemene en niet nader geconcretiseerde zorgvuldigheidswaarde (het arrest betreft de algemene norm van art. 7:453 BW voor artsen), maar alleen nog te gebruiken is bij de schending van specifieke (geschreven en/of nader ingekleurde) zorgvuldigheidswaarden zoals gedragsregels in een protocol.³⁸ Of dat idee houdbaar is, laat ik nu rusten.³⁹ Bekeken vanuit de positie van toezichthouders, valt te constateren dat dergelijke specifieke normen bij toezichthouders nu eens niet, maar een andere keer weer wel aanwezig zullen zijn.⁴⁰

Indien ten aanzien van de aansprakelijkheid van toezichthouders inderdaad (ten dele) met een omkering van de bewijslast gewerkt zou worden, zou ik er wel voor willen pleiten om niet direct aan te haken bij de precieze formulering van de regel

36 In de literatuur, lagere rechtspraak, bij de Hoge Raad en in de Conclusies van het Parket wordt er dan ook per geval stevig gedebatteerd of de regel nu wel of niet toepasselijk is. Zie recent bijvoorbeeld HR 9-4-2004, NJ 2004, 308 nt. DA (D./Achmea), waarin de regel geen toepassing kon vinden.

37 HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B./J). Het lijkt er op dat door deze uitspraak de ‘omkeringsregel’ weer een heel eind terug is bij het begin ervan, namelijk de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm (vgl. Giesen 2001, p. 116-117).

38 Zie ook Lindenbergh, WPNR 6580 (2004), p. 434-435, en Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1587. Ook Asser meent dat de regel inmiddels stevig ingeperkt is, zie diens noot onder HR 29-11-2002, NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen), nr. 3. De in dit arrest bedoelde regels in protocollen en in andere vormen van private regelgeving zullen door dit arrest nog belangrijker worden dan ze nu al zijn (zie daarover Vranken, WPNR (6560) 2004, p. 1 e.v., en Vranken/Giesen 2004), omdat de schending van een dergelijke regel wel een bewijslastomkering zal meebrengen waar dat bij schending van een ‘gewone’, algemeen geformuleerde zorgvuldigheidswaarde (zoals art. 6:162 lid 2 BW) niet of althans veel minder vaak het geval zal zijn. Vgl. ook de verwijzing in het arrest naar HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (MCL/In ’t Hout). Omdat de concrete toepassing van de algemene zorgvuldigheidswaarde in beginsel loopt via ongeschreven normen, is het nog maar de vraag in hoeverre de ‘omkeringsregel’ nog bij dergelijke ongeschreven normen toepasselijk kan zijn. Ik denk dat dit arrest wil impliceren dat die ruimte beperkt is, zie ook Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1587, maar Lindenbergh, WPNR 6580 (2004), p. 435, waarschuwt tegen het trekken van te vergaande conclusies.

39 Ik zie echter niet in waarom de ‘omkeringsregel’ niet toepasselijk zou kunnen zijn, als algemene lijn, indien er geen expliciete geschreven/gespecificeerde gedragsnorm zoals een protocol aan te wijzen is. Voldoende zou moeten zijn dat de toepasbare norm door de rechter voldoende geconcretiseerd is om de toets of de ‘omkeringsregel’ geldt, te kunnen toepassen, en die concretisering zal die rechter bij het oordeel over de vraag of er een zorgvuldigheidswaarde geschonden is, toch in beginsel altijd moeten doorvoeren. Zo ook Lindenbergh, WPNR 6580 (2004), p. 435; Van Dijk, TVP 2004, p. 67; Hartlief/Tjittes, NJB 2004, p. 1587, en Engelhard, NTBR 2004, p. 290. Anders echter Hof Den Haag 27-5-2004, JOR 2004, 206 nt. Van Ravels en Van Andel (Vie d’Or), r.o. 10.12 (bij handelen in strijd met algemene zorgvuldigheidswaarde kan de ‘omkeringsregel’ geen toepassing vinden; vervolgens werd overigens via een ‘gewoon’ feitelijk vermoeden alsnog causaal verband aangenomen).

40 In het kader van het financiële toezicht zullen er redelijk wat wettelijke regels en nadere uitwerkingen daarvan, al dan niet in de vorm van zelfregulering, voorradig zijn, en dat zal op andere terreinen minder het geval zijn. Denkbaar is echter evenzeer dat er bijvoorbeeld voor de badmeesters van een zwembad ook protocollen e.d. bestaan.

in de rechtspraak,⁴¹ maar om veeleer aan te sluiten bij de ratio, althans de ratio zoals ik die zie, van deze ‘omkeringsregel’.

3.3.2 Ratio van de ‘omkeringsregel’

Over die ratio is de laatste jaren het nodige geschreven, op fundamenteel niveau onder andere door Akkermans in diens oratie.⁴² Ik was en ben het grotendeels eens met zijn analyse en ook de rechtspraak lijkt op zijn spoor te zitten.⁴³ Ons beperkte verschil van mening schuilt hierin dat Akkermans twee ‘sporen’ of grondslagen ziet die de benodigde inhoudelijke rechtvaardiging voor de ‘omkeringsregel’ zouden kunnen leveren. Ik zie zelf slechts één spoor.

Voor Akkermans ligt in eerste instantie een rechtvaardiging voor de ‘omkeringsregel’ in wat hij ‘een feitelijk vermoeden van causaal verband’ noemt. Het gaat hierbij om het gegeven dat in sommige gevallen de ‘omkering’ voor de hand ligt omdat de feitelijke situatie zodanig is dat er gesproken kan worden van het bestaan van een (sterker of zwakker) feitelijk vermoeden.⁴⁴ Hij geeft vervolgens aan dat dit vermoeden slechts een deel van de rechtvaardiging kan zijn, omdat de ‘omkeringsregel’ in het verleden ook al toegepast is in gevallen waarin dit vermoeden niet bestond. Bovendien zou de ‘omkeringsregel’ geen speciale regel van bewijslastverdeling, maar een normaal feitelijk vermoeden zijn als dit de enige reden of rechtvaardiging voor het bestaan van de ‘omkeringsregel’ zou zijn.⁴⁵ Er is dus meer nodig dan enkel een vermoeden (een bepaalde mate van waarschijnlijkheid).

Dat tweede ‘spoor’ is er dan één dat zowel Akkermans als ikzelf als wezenlijk zien, hoewel onze verdere uitwerking ervan enigszins verschilt. Akkermans noemt deze grondslag het ‘nauwe verband tussen de beschermende strekking van de geschonden norm en het risico dat zich heeft verwezenlijkt’. Anders gezegd: ‘Bewijslastomke-

41 Zo ook expliciet Akkermans 2002, p. 34.

42 Zie Akkermans 2002, besproken in Giesen, RM Themis 2004, p. 91 e.v., waaraan het navolgende ontleend is.

43 Zie dan met name HR 29-11-2002, NJ 2004, 304 (TFS/NS) en 305 nt. DA (Kastelijn/Achtkarspele), zoals bevestigd in HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 (B./J.). Een expliciete bevestiging dat de Hoge Raad aansluit bij Akkermans geven Hammerstein/Schaafsma-Beversluis, NJB 2003, p. 501; Van Dijk, TVP 2003, p. 9 en 11, en Asser 2003, p. 74. Lindenbergh, WPNR 6580 (2004), p. 435, twijfelt. Akkermans 2003, p. 14, ziet zelf ook veel steun voor zijn benadering in die arresten. Expliciet ook in deze zin de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B./J.), nr. 10, en m.n. noot 9.

44 Zie over het voorgaande Akkermans 2002, p. 123-124. Deze rechtvaardiging sluit aan bij die welke Bakels en Vranken eerder gaven (de reële mogelijkheid dat de gedraging van de gedaagde de oorzaak is), zie de conclusie voor en noot na HR 19-1-2001, NJ 2001, 524 nt. JBMV (Oude Monnik Motors), en waarbij Hartlief, AA 2003, p. 303 zich aansluit. Hartlief vermeldt daarbij voorzichtig dat zijns inziens de Hoge Raad ook op dit spoor zit (‘proef ik (...) een voorkeur’).

45 Zie Akkermans 2002, p. 124, alsmede Van Dijk, TVP 2003, p. 11, die de opvatting van Akkermans volgt voor wat betreft de dubbele ratio voor de ‘omkeringsregel’, en Boks 2002, p. 220 en 239, die alleen uitgaat van de hierna nog te bespreken tweede rechtvaardiging. A-G Huydecoper, in zijn conclusie voor HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B./J.), nr. 11, gaat uit de dubbele ratio van Akkermans.

ring is soms een voor de hand liggend middel om de effectiviteit van de betreffende norm te versterken', het is 'een logisch complement (...) van de beschermende strekking van de norm'.⁴⁶

In mijn woorden⁴⁷ komt dit erop neer dat (de handhaving van) de *effectiviteit van de zorgvuldigheidsnorm* voor een bewijsrisico-omkering pleit. De gedachte is dan om te beginnen dat als geen aansprakelijkheid mogelijk is, in principe niemand de (materiële) norm zal hoeven na te leven met als gevolg dat deze norm dus zonder effect zal blijven, en vervolgens dat zonder een omkering van de bewijslast de eiser het causale verband niet zal kunnen aantonen, zodat de aansprakelijkheid daarop inderdaad (steeds) stukloopt. Dat betekent derhalve dat de materiële zorgvuldigheidsnorm langs 'causaliteitsweg' inhoudsloos wordt; de materiële norm kan uiteindelijk niet meer verwezenlijkt worden, omdat het causale verband onbewijsbaar blijkt. Het is mijns inziens deze rechtvaardiging die het fundament vormt voor de 'omkeringsregel'.

Hoewel de zojuist genoemde beschermende strekking van de norm ook voor hem de kern is, is volgens Akkermans de rechtvaardiging voor de 'omkeringsregel' uiteindelijk gelegen in de optelsom van beide genoemde grondslagen. Het zijn communicerende vaten. Dat betekent dat het in zijn visie mogelijk is dat een zeker tekort qua rechtvaardiging aan de ene kant, opgeheven kan worden door een surplus aan de andere kant: een te zwak 'vermoeden van causaal verband' kan gecompenseerd worden doordat de effectiviteit van de norm in sterkere mate voor een omkering van de bewijslast pleit. Hetzelfde geldt ook omgekeerd.⁴⁸

Mijn probleem met deze dubbele grondslag of rechtvaardiging is dat op die manier twee volledig *oneven grootheden* op een hoop gegooid en zelfs, indien dat zo uitkomt, vermengd worden. Wat Akkermans doet, is een puur *normatieve* en puur *feitelijke* rechtvaardiging bij elkaar vegen en eventueel zelfs optellen. Daarbij gaat hij voorbij aan de vraag of het eigenlijk wel mogelijk is, en zo ja, hoe dan, om een gebrek aan normatieve zeggingskracht te compenseren via een feitelijk oordeel (over de mate van waarschijnlijkheid van een feit). Ik zie niet in hoe dat zou kunnen. De rechtvaardiging voor de 'omkeringsregel' halen uit de aanwezigheid van een (meer of minder sterk) feitelijk vermoeden, is mijns inziens bovendien een opvatting die niet houdbaar is, omdat de feitelijke context die daarvoor nodig is, een gepasseerd station is als wij het over de bewijslastverdeling (in de zin van bewijsrisico) hebben.⁴⁹ Daar komt

46 Zie over het voorgaande Akkermans 2002, p. 127-132, de citaten staan op p. 123, 128 en 131.

47 Zie met name Giesen 2001, p. 449 e.v. Zie ook de noot van Asser onder HR 29-11-2002, NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen), nr. 15-16, alwaar deze aangeeft dat in het hier betoogde in zijn algemeenheid de ratio voor een omkering van het bewijsrisico schuilt, maar dat wat hem betreft ten aanzien van de 'omkeringsregel' niet aan die ratio is voldaan. Daarbij gaat het wat hem betreft eerder om de waarschijnlijkheid dat er causaal verband bestaat, zodat hij te dien aanzien aansluiting zoekt bij de eerste ratio van Akkermans.

48 Zie Akkermans 2002, p. 132 en 140.

49 Het oogt niet heel sterk om juist daar waar het gaat over de verdeling van de bewijslast – een kwestie die natuurlijk met name daar speelt waar feitelijke onzekerheid heerst – zo nauw aan te sluiten bij een rechtvaardiging die dan uit de feiten van het geval (bestonden er feitelijke

dan nog bij dat zo ten onrechte (alsnog) het vermoeden en de bewijslastomkering onvoldoende worden onderscheiden, hoewel dat dogmatisch wel hoort te gebeuren. Ik houd dan ook vast aan de eerder door mij verdedigde, enkelvoudige rechtvaardiging zoals hiervoor beschreven.⁵⁰

Wat er verder van deze discussie zij, duidelijk is in elk geval dat de gedachtevorming over de inhoudelijke rechtvaardiging voor de ‘omkeringsregel’ (nog steeds) niet ten einde is.⁵¹ De laatste echt richtinggevende arresten van de Hoge Raad, althans de laatste arresten die dat voor ogen hadden, te weten de arresten van 29 november 2002 en 19 maart 2004, veranderen daar mijns inziens niets aan, want die uitspraken voegen aan deze discussie over de ratio van de ‘omkeringsregel’ uiteindelijk weinig toe.⁵² Ik dacht op basis daarvan oorspronkelijk nog dat de Hoge Raad misschien wel een andere koers in zijn hoofd had. Het zou mij op basis van de tekst van die eerste twee arresten namelijk niet verbaasd hebben indien de Hoge Raad op enig moment de stap zou hebben gezet om de ‘omkeringsregel’ expliciet terug te brengen

aanwijzingen voor het bestaan van causaal verband?) zou moeten volgen. Die feiten staan nu juist niet vast. Dat de feiten niet vaststaan, is evident omdat immers de vraag naar toepasselijkheid van de ‘omkeringsregel’ niet zou opkomen als de feiten wel zouden vaststaan. Juist waar de bewijslast (bewijsrisico) zo’n cruciale rol speelt, liggen de feiten onduidelijk, anders zou de bewijslast niet zo belangrijk zijn. Als het causale verband duidelijk is, kan de ‘omkeringsregel’ in de kast blijven; alleen als het *condicio sine qua non*-verband een feitelijk probleem is, is de al dan niet toepassing van die regel interessant. Ik ben dan ook geneigd te zeggen dat als die feiten (blijkbaar) duidelijk genoeg liggen om een rechtvaardiging te verschaffen aan een bepaalde bewijslastregel, er hoogstwaarschijnlijk helemaal geen (of ten minste onvoldoende) feitelijke onzekerheid bestond, zodat een bewijslastomkering (en de rechtvaardiging daarvoor) dan helemaal niet nodig zou zijn. Hoogstens zou het dan nodig kunnen zijn een gewoon feitelijk vermoeden te benutten. Zie nader over de onmogelijkheid om waarschijnlijkheidsoordelen de bewijsrisico-verdeling te laten bepalen Giesen 2001, p. 430 e.v. en p. 518-519.

- 50 Waarom Akkermans het niet ook bij die enkelvoudige, normatieve rechtvaardiging laat, blijft speculeren, maar mijns inziens valt dat te verklaren uit de blijkbaar door Akkermans gekoesterde wens of de door hem gevoelde noodzaak om de gehele ‘omkeringsregel’-rechtspraak in één model, schema of theorie te kunnen vatten. Het is echter zeer de vraag of dat wel zo noodzakelijk is. Akkermans vergeet dan immers dat het ook heel wel mogelijk is dat een bepaalde theorie helemaal klopt, ook als een of meer arresten van de Hoge Raad zich gewoonweg niet laten verklaren vanuit die theorie. Dat kan dan gewoon hieraan liggen dat die arresten niet juist zijn omdat de Hoge Raad de betreffende theorie nog niet kende of onvoldoende kon doorgronden. Akkermans probeert echter alles te verklaren (vgl. Akkermans 2002, p. 130), maar vergeet dan, als gezegd, dat het ook zo kan zijn dat de rechtspraak niet juist is. Het tot iedere prijs willen inpassen van werkelijk alles, maakt dat de noodgreep van het moeten combineren van een feitelijke en een normatieve rechtvaardiging onvermijdelijk is. Dat levert uiteindelijk een versnipperd model op, een schema dat op twee gedachten hinkt, terwijl dat in het geheel niet nodig was, omdat de normatieve component van het model op zichzelf sterk genoeg is.
- 51 Ik vrees dat de oproep daartoe van Lindenbergh, WPNR 6580 (2004), p. 433 e.v., te vroeg komt en dus niet veel zal helpen.
- 52 Zie HR 29-11-2002, NJ 2004, 304 (TFS/NS) en 305 nt. DA (Kastelijn/Achtkar spelen) en HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B.J.); Hartlief, AA 2003, p. 303, doet weliswaar een moedige poging om uit die eerste twee arresten te destilleren welke rechtvaardiging de Hoge Raad voor ogen heeft, maar moet het uiteindelijk ook bij gissen laten. Ik deel zijn analyse en zijn keuze om vooral niet meer te doen dan gissen.

tot het niveau waarop die regel al aangekomen lijkt te zijn, namelijk dat van een heel gewoon feitelijk (rechterlijk) vermoeden van causaal verband waarover de rechter per geval kan beslissen op basis van de feiten van het geval, net zoals dat werkt bij alle andere feitelijke vermoedens zoals wij die al tijden kennen.⁵³ Wat echter tegen deze (tekstuele) uitleg pleit, zodat ik te dien aanzien mijn mening meteen moet bijstellen, is dat zodoende niet verklaard wordt waarom de Hoge Raad zo uitvoerig zijn best heeft gedaan de ‘omkeringsregel’ nader uit te leggen. Als hij een gewoon vermoeden had willen ‘invoeren’, had dat korter gekund. Daar komt dan bovendien nog bij dat de lijn zoals in de arresten van 29 november 2002 uiteengezet is, later zeer nauw gevolgd wordt.⁵⁴ Voorlopig hou ik het er dan maar op dat de ‘omkeringsregel’, en met name de ratio er achter, nog steeds bepalend kan zijn voor de bewijslastverdeling ten aanzien van het causale verband.

3.3.3 De ‘omkeringsregel’ en toezichthouders

Als vervolgens bekeken wordt of die ‘omkeringsregel’ toegepast zou moeten en kunnen worden waar het gaat om de aansprakelijkheid van een toezichthouder, dan luidt de eerste observatie dat er geen principiële of absolute belemmeringen bestaan voor toepassing van die regel op toezichthouders. De ‘omkeringsregel’ is niet tot bepaalde gevallen beperkt zodat ook bij falend toezicht in principe een beroep op die regel mogelijk zal zijn.⁵⁵ Er zal dus steeds getoetst moeten worden of die regel wel of niet past op een bepaald (nieuw) soort geval. Daarbij zal dan wel, zo lijkt het, opgelet moeten worden of er een geschreven, althans specifiek nader ingevulde zorgvuldig-

53 Dat het bij de ‘omkeringsregel’ nog slechts om een vermoeden gaat, betogen bijvoorbeeld Spier 2003, p. 350; Asser 2003, p. 75; Hoekzema, NTBR 2003, p. 238 en 240; Asser in zijn onder HR 29-11-2002, NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen), nr. 14 en 17-18; en Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 436c. Zie ook Hartlief, AA 2003, p. 306, die aldaar tevens de hoop uitspreekt dat de Hoge Raad de in de tekst genoemde stap (explicitering) zal zetten. Anders: Van Dijk, TVP 2003, p. 13., en Lindenbergh, WPNR 6580 (2004), p. 435, die het als voorlopige bepaling van de vertrekpositie in het bewijsdebat ziet. Wellicht ten overvloede: het voorgaande betekent niet dat ik een tegenstander van de ‘omkeringsregel’ (of breder: een bewijslastomkering) zou zijn; indien aan de hiervoor besproken rechtvaardiging voldaan is, ben ik (nog steeds) een voorstander van het hanteren van een bewijslastomkering.

54 Zie HR 18-4-2003, NJ 2004, 306 nt. DA (ACE/Fino); HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B.J.); HR 9-4-2004, NJ 2004, 308 nt. DA (D./Achmea); HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 nt. DA (Provincie Fryslân/Incor).

55 Expliciet in die zin HR 29-11-2002, NJ 2004, 304 (TFS/NS) en 305 nt. DA (Kastelijn/Achtkarspelen). Zie ook het impliciete oordeel in Hof Den Bosch 22 juli 2003, NJ 2004, 367 (MON/S.), waarbij de ‘omkeringsregel’ werd toegepast op de organisator van een motorcrosswedstrijd, en in HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 nt. DA (Provincie Fryslân/Incor). Daarin werd getoetst of in een geval van onvoldoende ‘monitoring’ van verzakkingen bij grondwateronttrekking (waarbij de parallel met falend toezicht vrij duidelijk is) de ‘omkeringsregel’ had moeten worden toegepast. Zonder die toepassing in zijn algemeenheid uit te sluiten, werd daarop ontkennend geantwoord omdat niet aan de voorwaarden voor toepassing ervan voldaan was. Zie over de toepassing van de ‘omkeringsregel’ op toezichthouders ook (zonder duidelijke uitspraak voor of tegen) Van Dam 2002, p. 58-59.

heidsnorm geschonden is (zie § 3.2.1), en in elk geval of het wel de strekking van de geschonden (toezichts)norm was om een specifiek gevaar te voorkomen.⁵⁶

Ik toets de vraag of de ‘omkeringsregel’ toepasbaar is, als aangekondigd, aan de hand van de ratio achter die regel en daaruit volgt in mijn visie dat de allesbepalende vraag is of de effectiviteit van de norm in gevaar is indien de bewijslastverdeling onveranderd zou blijven. Ik meen dat dit niet in zijn algemeenheid het geval is. Anders dan bij bijvoorbeeld een informatieverzuim door een arts, is de situatie hier niet zodanig dat de bewijslast op het causaliteitsvlak van dien aard is (zo moeilijk is) dat de aansprakelijkheid daarop steeds weer zal stuklopen, zodat de materiële norm uiteindelijk inhoudsloos zou blijken en blijven.⁵⁷ Ongetwijfeld zal het regelmatig lastig zijn om het bewijs te leveren, maar het is niet zo dat de toezichthouder steeds (structureel) de dans zal ontspringen omdat het causale verband bewijstechnisch niet vast te stellen is.

Indien gegeven is dat de toezichthouder onzorgvuldig handelde (hij liet na in te grijpen toen dat moest en nog kon) zal de vervolgvraag of dat nalaten (mede) de schade teweeg bracht, niet al te lastig zijn, zo verwacht ik. Als (mede) door niet ingrijpen van de toezichthouder een levensverzekeraar failliet gaat, is het niet al te ingewikkeld om vast te stellen dat de polishouders (mede) daardoor hun investering in rook zien opgaan, en dus schade hebben geleden. Wat bewezen moet worden (de eiser had een verzekeringspolis, en die is waardeloos geworden) staat al vast of zal vrij snel als vaststaand kunnen gelden. Hetzelfde geldt ten aanzien van bijvoorbeeld de psychiatrische patiënt. Als die ten onrechte uit het oog verloren wordt door het personeel van de inrichting, zodoende kan ontsnappen en vervolgens elders schade kan aanrichten aan een derde (bijvoorbeeld door brand te stichten), is het causale verband in beginsel niet het probleem. De bewijslast niet omkeren, levert hier geen onoverkomelijke problemen op; de effectiviteit van de norm (heel algemeen: dat toezichthouders aansprakelijk zijn voor hun falen) is daardoor niet in het geding.

Dat naast het toezichtsfalen dan nog een andere oorzaak (de daad van de primaire dader) identificeerbaar is, doet aan het voorgaande niet af als het om de aansprakelijkheid van de toezichthouder gaat. De aanwezigheid van een andere, tweede oorzaak (brandstichting bijvoorbeeld) laat aan de eigen, specifieke aansprakelijkheid (gebaseerd immers op een ander, specifiek aan de toezichthouder gericht verwijt) onverlet, zo zagen wij eerder al (zie § III.2).

56 Zie HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 nt. DA (Provincie Fryslân/Incor). Ik meld dat laatste hier specifiek omdat dit, zo blijkt ook uit het genoemde arrest, juist in gevallen van toezicht lastig zal kunnen liggen. Onvoldoende zorgvuldig aan ‘monitoring’ doen, zoals in het arrest, of breder gezien: onvoldoende toezicht houden, is niet zonder meer te zien als schending van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar (verzakking van een huis). In casu was die norm gericht op het voorkomen van bewijsnood, niet op het voorkomen van schade als zodanig.

57 Zoals dat naar mijn mening het geval was in, en zulks in elk geval het gevolg is van, HR 23-11-2001, NJ 2002, 386 (Ingenhut) en 387 nt. JBMV (Niazmandian/Plasmans), waarover Giesen 2003b, p. 21-24. Albers, NTB 2004, p. 209-210, meent overigens dat er in gevallen van falend overheidstoezicht wel ruimte is voor toepassing van de ‘omkeringsregel’.

Voorzover het causale verband in dit soort gevallen toch een probleem zou opleveren, bijvoorbeeld omdat onduidelijk is wat nu precies tot de schade van de derde leidde, is dat mijns inziens geen probleem dat specifiek van doen heeft met het gegeven dat het om een toezichthouder gaat. Het betreft dan de ‘gewone’ kwestie dat causaliteit vaak ingewikkeld is. Dat doet niet af aan het probleem, maar betekent wel dat het niet meteen nodig is om speciaal voor toezichthouders een speciale, steeds en wellicht zelfs alleen voor hen geldende regel te ontwikkelen.

Daarbij aansluitend: mochten er specifiek gevallen zijn waarin de aansprakelijkheid van de toezichthouder eventueel wel stuk kan lopen op het causaliteitsvereiste, dan bestaan er voldoende specifieke mogelijkheden om de desbetreffende eiser in dat specifieke geval alsnog (in elk geval) tot op zekere hoogte tegemoet te komen indien dat gewenst zou zijn.⁵⁸ Met name via de ook op dit vlak (naar mijn mening: opnieuw standaard) op te leggen aanvullende stelplicht⁵⁹ of via een feitelijk vermoeden,⁶⁰ kan veel bereikt worden. Als al die mogelijkheden dan nog onvoldoende blijken, dan is het de eiser die met de schade moet blijven zitten. Structurele problemen die alsnog een structurele oplossing behoeven, zie ik dan echter niet. De conclusie luidt dus dat de ‘omkeringsregel’ (gezien de ratio van die regel) in beginsel niet van toepassing zal zijn op het gevaltype ‘aansprakelijkheid van een toezichthouder’.⁶¹

4 Afwikkeling van massaschade

4.1 Inleiding

Falend toezicht kan eenvoudig tot veel schade leiden, niet alleen qua omvang van de schade bij een bepaalde persoon, maar ook omdat het eenvoudig kan gebeuren dat vele verschillende personen (meer of minder) schade leiden door het falen van de toezichthouder. Als bijvoorbeeld een financiële toezichthouder niet in de gaten heeft dat een beleggingsinstelling financieel zwak ervoor staat en ten onrechte niet ingrijpt, kan het zijn dat vele beleggers daarvan schade ondervinden. Het zou dan weinig efficiënt zijn als al die beleggers één voor één naar de rechter zouden (moeten)

58 Zie voor een beknopt overzicht Giesen 2001, p. 472-479.

59 Zie over de mogelijkheden daarvan ten aanzien van het causale verband Giesen 1999, p. 110, met verder verwijzingen; HR 23-11-2001, NJ 2002, 386 (Ingenhut) en 387 nt. JBMV (Niazmandian/Plasmans), alsmede HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B./J). Aangezien die plicht toch al zou moeten gelden ten aanzien van de zorgvuldigheidsnorm, zie § 2 hiervoor, is het een kleine moeite om die plicht door te trekken naar dit terrein. Vandaar ook dat ik deze plicht standaard zou willen hanteren.

60 De Hoge Raad noemt die mogelijkheid ook, zie HR 19-3-2004, NJ 2004, 307 nt. DA (B./J.). In HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 nt. DA (Provincie Fryslân/Incor) wijst de Hoge Raad nog op de omkering van de bewijslast via de redelijkheid en billijkheid. Ik ben daar geen voorstander van, zie Giesen 2001, p. 98 e.v.

61 Mocht een rechter echter menen dat die regel in een bepaald geval wel geldt, dan is het verschil met het systeem zoals ik dat voorstel niet groot omdat het verschil tussen ‘mijn’ aanvullende stelplicht en het aannemelijk maken bij tegen(deel)bewijs niet erg groot is.

stappen om hun schade te verhalen. Er zijn in het procesrecht dan ook diverse manieren ontwikkeld om ervoor te zorgen dat dit soort acties min of meer gecentraliseerd kunnen verlopen. Omdat deze recent uitvoerig zijn beschreven, ga ik dat hier niet nogmaals doen.⁶²

4.2 Collectieve afwikkeling

Wat echter niet onvermeld mag blijven, hoewel dit niet de plaats is om een en ander uitvoerig te schetsen, is de nieuwste mogelijkheid op het terrein van de omgang met gevallen van massaschade.⁶³ Deze optie is geregeld in het wetsvoorstel *collectieve afwikkeling massaschade*.⁶⁴ Daarmee wordt getracht om het schadeafwikkelingstraject soepel, snel en bevredigend te laten verlopen en om een groot aantal procedures te voorkomen indien het om een geval van massaschade gaat. Het gaat hier dus om een vorm van procedurele normering.⁶⁵

Het voorstel beoogt kort gezegd te faciliteren dat er een collectieve schikking met betrekking tot de te vergoeden schade bereikt kan worden tussen de slachtoffers (het zal dan vaak gaan om een organisatie die de belangen van slachtoffers behartigt), en de veroorzaker(s) van de schade in kwestie. Als een schikkingsovereenkomst bereikt wordt, kan deze overeenkomst, indien die de vereiste gegevens bevat en aan bepaalde voorwaarden voldoet, op gezamenlijk verzoek van partijen door de rechter verbindend verklaard worden voor de gehele groep van benadeelden.⁶⁶ Die voorwaarden zijn – zonder volledig te willen zijn – bijvoorbeeld: representativiteit van de belangengroep; toegekende vergoeding; voorwaarden om in aanmerking te komen voor vergoeding; redelijkheid van de hoogte van de toegekende vergoeding (waarbij met schadecategorieën gewerkt zal worden), mede in het licht van de gegarandeerde snelle en eenvoudige afwikkeling; voldoende zekerheidsstelling, en voldoende waarborging van de belangen van de slachtoffers (art. 7:907 lid 2 en 3).

62 Zie Frenk TPR 2003, p. 1418 e.v.; Bauw/Frenk 2002, p. 80-83; Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, p. 166-173.

63 Daarover uitvoerig Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, p. 161 e.v.

64 Het wetsvoorstel dat beoogt om (o.a.) art. 7:907 e.v. in het BW in te voeren, is in februari 2004 ingediend bij de Tweede Kamer, zie *Kamerstukken II 2003/04*, 29 414. Zie voordien al de aankondiging ervan in het antwoord van minister Donner op kamervragen, zie *Kamerstukken II 2003/04*, Aangangsel van de handelingen 583, op p. 1244.

65 Zie nader daarover Weterings 2004, p. 119 e.v., en Giesen 2004a, p. 139 e.v., met verdere verwijzingen, met name p. 152-153, waaraan het navolgende ontleend is. Binnen die procedurele normering vindt dan ook nog materiële normering plaats doordat de toe te kennen schadevergoeding via schadecategorieën ('damage scheduling') plaats vindt, zie art. 7:907 lid 2 van het voorstel, en Frenk, TPR 2003, p. 1472.

66 Zie art. 7:907, en de toelichting daarop in *Kamerstukken II 2003/04*, 29 414, nr. 3; het antwoord van minister Donner op kamervragen, *Kamerstukken II 2003/04*, Aangangsel van de handelingen 583, op p. 1244, alsmede Frenk, TPR 2003, p. 1465 e.v. Een eerste introductie is verder te vinden bij Bauw/Frenk 2002, m.n. p. 85 e.v. Zie ook de reacties daarop van Van Dijk 2002, p. 95 e.v. (die voor een echte 'class action' pleit omdat hij de kans op het bereiken van een schikking klein acht), en van Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, p. 182.

Indien een en ander in orde is bevonden en de verbindendverklaring inderdaad volgt, is ieder der gerechtigden vervolgens partij bij een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 e.v. BW.⁶⁷ Vervolgens kan de schade afgewikkeld worden zoals in de overeenkomst bepaald, zonder verdere tussenkomst van de rechter. Er is overigens wel voorzien in een mogelijkheid voor een slachtoffer om niet mee te doen (de 'opt-out'-regeling). Onder andere art. 6 EVRM vereist die mogelijkheid voor een benadeelde omdat deze niet van een rechter afgehouden kan worden.⁶⁸

Aanleiding voor dit alles was de wens om de schikking zoals bereikt in de bekende DES-affaire 'algemeen' verbindend te doen zijn, maar er is toen (terecht) voor gekozen om meteen een algemeen toepasselijke regeling te ontwerpen.⁶⁹ Indachtig de gebeurtenissen in Volendam en Enschede,⁷⁰ en wellicht ook met de World Online- en Legio-Lease-affaire in het achterhoofd,⁷¹ is dat een wijs besluit geweest. Of de partijen in die kwesties er echter toe zullen komen een schikking te bereiken die dan vervolgens algemeen verbindend kan worden, hetgeen het eerste vereiste is om via dit traject winst te kunnen behalen, valt nog te bezien.⁷² Ik hoef daar nu echter niet op vooruit te lopen. Hier volstaat de constatering dat het na inwerkingtreding van dit voorstel mogelijk zal zijn het proces van schadeafwikkeling danig te vereenvoudigen, ook als het om vele slachtoffers gaat en ook in het geval dat de gedaagde een toezichthouder zou zijn. Alleen dat feit al, is pure winst, ongeacht de kritiek die op detailpunten ongetwijfeld mogelijk zal zijn en al naar voren is gebracht.⁷³

5 Conclusie

De conclusie op basis van het voorgaande is licht tweeslachtig. Enerzijds is het geïdentificeerde informatieprobleem via de bestaande processuele instrumenten en de daaraan verbonden sancties lastig op te lossen. Anderzijds zijn de gevolgen daarvan ook weer niet zodanig dat de bewijslast een evident en structureel probleem oplevert. Dat komt mede omdat de zogenaamde aanvullende stelplicht hier een belangrijke

67 Zie art. 7:908 lid 1; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 18, en Frenk, TPR 2003, p. 1473.

68 Zie art. 7:908 lid 2 en 3; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 4; Frenk, TPR 2003, p. 1474, en Bauw/Frenk 2002, p. 87. Kritisch daarover (een te ruime mogelijkheid van 'opt-out' ondergraaft de regeling) zijn Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003, p. 182.

69 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 1; Frenk, TPR 2003, p. 1466.

70 Beide gebeurtenissen worden genoemd in *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 2.

71 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7, p. 18-19.

72 Zeker in de Enschede-zaak zal dat lastig worden, gezien de winst in eerste instantie voor de overheid in die zaak, zie Rb. Den Haag 24-12-2003, JB 2004, 69 nt. Albers (Enschede). Voor de volledigheid: het is niet zo dat juridisch vastgesteld moet zijn dat de 'gedaagde' civielrechtelijk aansprakelijk is. Een schikking kan ook gesloten worden zonder dat er iets gezegd of bepaald wordt over de aansprakelijkheid, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 10. Ten aanzien van de tabaksaansprakelijkheidszaken, ook een thema dat langs deze weg opgelost zou kunnen worden, reken ik er voorlopig niet op dat het tot een schikking zal komen.

73 Zie naast de al genoemde literatuur bijvoorbeeld Van Boom, WPNR 6578 (2004), p. 384 e.v., en de reactie daarop van de minister, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7, p. 25-26, en nr. 8.

functie vervult. Ik heb dan ook aangegeven dat die plicht een vaste plek zou moeten krijgen waar het om de aansprakelijkheid van toezichthouders gaat, zowel ten aanzien van (het bewijs van) de al dan niet in acht genomen zorgvuldigheid als ten aanzien van (het bewijs van) het causale verband. De gevallen van massaschade zijn weer geheel andere koek. Te dien aanzien volsta ik ermee mijn steun uit te spreken voor het kort geleden ingediende wetsvoorstel om tot collectieve afwikkeling te kunnen komen.

XIII | Slotbeschouwing

1 Inleiding

In deze slotbeschouwing zal ik eerst de resultaten uit het voorgaande bijeen brengen (§ 2) en zal ik vervolgens proberen een antwoord te formuleren op de kernvraag van dit onderzoek: is het aansprakelijkheidsrecht in Nederland in staat om de aansprakelijkheid van toezichthouders op een adequate, juiste en rechtvaardige wijze af te kunnen wikkelen? Ik doe dat in § 3. Ik sluit af door middel van een korte, tentatieve vooruitblik op de toekomst van de aansprakelijkheid van toezichthouders (§ 4).

2 Recapitulatie van de belangrijkste onderzoeksresultaten

De resultaten van het voorgaande onderzoek, laten zich als volgt samenvatten:

- 1 Omdat het belang van toezicht in de huidige maatschappij groot is en steeds groter wordt, en er ook steeds meer vormen van toezicht ontstaan, zal de regeling met betrekking tot de eventuele aansprakelijkheid van die toezichthouders alleen maar aan gewicht winnen (§ I.1).
- 2 De regels aangaande de aansprakelijkheid van toezichthouders sluiten op diverse terreinen zeer nauw aan bij of bouwen voort op meer algemene leerstukken van het aansprakelijkheidsrecht, zoals de regels aangaande afgeleide aansprakelijkheid en hoofdelijkheid, aansprakelijkheid wegens nalaten en de invloed van de positie van overheden op de aansprakelijkheidsvraag. Ten dele doen zich ook geheel nieuwe vragen voor, zoals de aanwezigheid in bepaalde gevallen van een generieke vrijwaring voor de toezichthouder (§ I.2).
- 3 Bij het onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders lijkt van belang te zijn dat een toezichthouder in wezen drie taken verricht (verzamelen van informatie, analyseren ervan, interveniëren) en dat er een onderscheid tussen concreet en algemeen toezichtsfalen gemaakt kan worden. Voor een helder begrip van toezicht en als startpunt voor de verdere analyse, kan het nuttig zijn om de feitelijke relaties tussen ‘partijen’ te ontrafelen (waarbij het slachtoffer S, de primaire dader D en de toezichthouder T de partijen zijn) en aan een model voor toezicht te toetsen. Wanneer de aansprakelijkheid van een toezichthouder in het geding is, gaat het in principe om de relatie tussen S en T omdat D ‘ertussen uit’ gevallen is; het betreft immers geregeld een weinig solvente primaire dader (§ II.2).

- 4 De mogelijke doelen en ratio van toezicht hangen nauw samen. Trefwoorden zijn hier: vertrouwensbescherming en bescherming tegen gevaren (§ II.3 en II.4).
- 5 De verantwoordelijkheid van een toezichthouder is steevast een afgeleide, er is altijd een primaire dader die 'de fout' begaan heeft. De afgeleide aansprakelijke is met name interessant indien de primaire dader insolvent is, maar het verwijt dat de secundaire dader gemaakt wordt, is wel een zelfstandig verwijt dat dus ook in andere gevallen aan bod kan komen. Beide aansprakelijkheden staan dan ook naast elkaar en sluiten elkaar niet uit, hoewel de rechtvaardigheid van een afgeleide aansprakelijkheid wellicht lastiger te funderen zal zijn (§ III.2).
- 6 Een andere vraag is of de aansprakelijkheid van de secundaire dader wellicht beperkt kan of moet worden. Voor de overheid als secundaire dader heb ik dat voorgesteld: die aansprakelijkheid zou wellicht als een subsidiaire aansprakelijkheid ingekleed kunnen worden. Gevolg daarvan zou kunnen zijn dat dan gesteld wordt dat voor andere afgeleid aansprakelijke partijen wellicht hetzelfde geregeld zou moeten worden. Die stap zet ik echter niet (§ III.3).
- 7 Een toezichthouder wordt met name vaak verweten iets niet gedaan te hebben, ten onechte nagelaten te hebben een bepaalde handeling te verrichten. Aansprakelijkheid van toezichthouders is dus ook aansprakelijkheid wegens nalaten. De relevantie van dat uitgangspunt schuilt hierin dat die vorm van aansprakelijkheid nogal terughoudend bejegend wordt, in elk geval in een aantal landen. Aansprakelijkheid wegens nalaten is echter gewoon mogelijk indien er een plicht tot handelen gevonden kan worden en zo'n plicht kan gebaseerd worden op de relatie van de gedaagde tot bepaalde zaken of personen, zoals een toezichtsrelatie. Terughoudendheid op dat vlak is dus niet juist en dient verlaten te worden, zoals ook blijkt uit ontwikkelingen op Europees vlak (hoofdstuk IV).
- 8 Omdat veel toezicht van overheidswege georganiseerd wordt, zijn diverse toezichthouders onderworpen aan de regels van de Awb en dient in meer algemene zin bepaald te worden wat de invloed is van het gegeven dat de overheid bij het toezicht betrokken is. Een en ander betekent in de eerste plaats dat de Awb-regels inzake toezicht van toepassing zullen zijn en in de tweede plaats dat indien die regels overtreden worden, aansprakelijkheid voor de hand ligt (§ V.2).
- 9 Verder is van belang in hoeverre de leer van de formele rechtskracht van invloed is. Gebleken is dat ten aanzien van de aansprakelijkheid van een toezichthouder ten opzichte van een derde, de uitzonderingen op die leer van invloed zijn. In de Enschede-zaak hadden die uitzonderingen bijvoorbeeld van beslissende betekenis moeten zijn, zodat die leer in dat geval wat mij betreft niet toegepast had mogen worden (§ V.3).
- 10 De overheid bevindt zich ten dele in een betere positie dan andere (private) toezichthouders omdat de overheidsaansprakelijkheid soms met meer reserve benaderd wordt. Die reserve is dan gebaseerd op de notie van beleidsvrijheid. Die vrijheid is één van de kenmerken van het overheidsoptreden en bepaalt tot op zekere hoogte de verdere invulling van de zorgvuldigheidseisen. Het beleid als zodanig wordt daarbij niet in de beoordeling betrokken, maar het handelen van de toezichthouder binnen dat beleid kan wel volledig getoetst worden door

de rechter (§ V.4). Dit leidt er echter niet toe dat het nodig is om de aansprakelijkheid van de overheid in haar rol als toezichthouder als een apart thema, los van de overige toezichthouders, te behandelen (§ V.5).

- 11 Toezicht, en met name de aansprakelijkheid van een toezichthouder, heeft betrekking op een meerpartijenverhouding. De toezichthouder (T) houdt toezicht, op basis van een wettelijke plicht of een contractuele afspraak, op een bepaalde partij en als die partij (D) niet handelt zoals gehandeld zou moeten worden en de toezichthouder corrigeert dat gedrag niet of te laat, kan het gebeuren dat een derde (S) daarvan het slachtoffer wordt. Deze juridische context speelt bij de vraag naar de aansprakelijkheid van toezichthouders een belangrijke rol. Er dient gelet te worden op de achterliggende, inhoudelijke redenen voor de gekozen feitelijke contractuele context en de (daarmee bereikte) balans qua aansprakelijkheden, omdat die redenen doorwerken bij de bepaling van de (reikwijdte van) de aansprakelijkheid van toezichthouders. Een contractueel gekozen balans qua kosten en verzekeringen, laat zich niet zonder meer opzij zetten (hoofdstuk VI).
- 12 De grondslag voor de aansprakelijkheid is naar Nederlands recht de wanprestatie of de onrechtmatige daad; in beide gevallen gaat het vervolgens om de zorgvuldigheid die verwacht zou mogen worden van een redelijk handelend toezichthouder. De kritiek op het gebruik van die maatstaf is mijns inziens niet steekhoudend (hoofdstuk VII).
- 13 Gaat het om de verdere invulling en concretisering van die zorgvuldigheidsnorm, dan zijn de *Kelderluik*-factoren bepalend, inclusief bijvoorbeeld de kosten van voorzorg en andere remmingen ten opzichte van het aannemen van aansprakelijkheid. Verder spelen de specifieke taken en bevoegdheden van de toezichthouder een rol en zal met name ook via de *voorzienbaarheid* tot een verdere invulling per geval gekomen moeten worden. Dit sluit aan bij het (eerder al gemaakte) onderscheid tussen concreet en algemeen toezichtsfalen. Dit betekent dat het bij de aansprakelijkheid van toezichthouders uiteindelijk om een hele normale vorm van (schuld)aansprakelijkheid gaat. Daaruit volgt naar mijn mening ook dat aangepaste zorgvuldigheidseisen (aansprakelijkheid alleen bij grove nalatigheid, etc.) hier niet zouden mogen gelden (§ VIII.2).
- 14 De beoordeling van de vereiste zorgvuldigheid kan nog beïnvloed worden door de aanwezigheid van een toezichthouderdilemma. Of dat aanwezig is, is volledig afhankelijk van de concrete feiten van het geval zodat daarover, en over de manier om er mee om te gaan, weinig in zijn algemeenheid gezegd kan worden. Wel is het zo dat indien dat dilemma bestond en er schade ontstaan is door de door de toezichthouder gemaakte keuze, de erkenning ervan tot de conclusie zal leiden dat er niet onzorgvuldig gehandeld werd door die toezichthouder. Qua rechtsgevolgen heeft deze notie dan geen eigen positie naast de zorgvuldigheidsnorm (§ VIII.3).
- 15 De mogelijkheid van aansprakelijkheid van een toezichthouder is gebouwd op een degelijk fundament, dat uit de volgende argumenten bestaat. De wenselijkheid, noodzaak en mogelijkheid van *preventie van schade*, gekoppeld aan het *opgewekte doch beschaamde vertrouwen* en de *ratio van toezicht* (toezichthouders zijn

geschapen om toezicht te houden, die taak moeten zij met voldoende zorg uitvoeren) pleiten voor een (eerder ruimhartige dan milde) vorm van aansprakelijkheid van toezichthouders. Dat oordeel wordt versterkt doordat de eventueel aanwezige redenen voor een zekere *terughoudendheid ten onrechte* als zodanig te boek staan. Dat het om een *nalaten* en om een *afgeleide aansprakelijkheid* gaat, weegt als argument tegen aansprakelijkheid namelijk onvoldoende zwaar, en datzelfde geldt voor de notie dat *de 'vrije wil' in gevaar* zou zijn. Voeg daarbij dat de waarde van het argument dat de *'floodgates'* via deze vorm van aansprakelijkheid zouden worden opengezet en dat zulks dan tot *'defensive conduct'* zou leiden, op zijn zachts gezegd twijfelachtig is, en het heeft er alle schijn van dat er een voldoende solide basis aanwezig is om toezichthouders een ten minste normale mate van verantwoordelijkheid op te kunnen leggen. Dat *compensatie* op zichzelf geen argument is voor aansprakelijkheid (maar een gevolg van) en de notie van *spreiding van schade* wellicht ook niet direct in de ene of ander richting wijst, doet daaraan niet af. Die beide elementen pleiten immers ook niet tegen aansprakelijkheid. Ook het gezichtspunt van de *kosten van het aansprakelijkheidsrecht* wijst niet één bepaalde kant uit. *Beleidsvrijheid* bestaat in bepaalde gevallen wel voor toezichthouders, maar is uiteindelijk niet beslissend omdat die vrijheid geen onbeperkte vrijbrief geeft. De notie van *'accountability'* pleit vervolgens weer voor aanvaarding van aansprakelijkheid. Bij dit alles verdient wel nog aandacht dat de waarde van de gebruikte argumenten per soort en type van toezicht kunnen verschillen. Uiteindelijk is de conclusie gerechtvaardigd dat voor de (principiële mogelijkheid van) aansprakelijkheid van toezichthouders, te beoordelen via de Kelderluik-factoren, een voldoende rechtvaardiging gevonden kan worden. Die rechtvaardiging is in elk geval sterk genoeg om te mogen concluderen dat de aansprakelijkheid van toezichthouders een heel gewone vorm van (schuld)aansprakelijkheid is (§ IX.2).

- 16 Dat deze argumenten voor aansprakelijkheid pleiten, is ook van belang voor de beoordeling van de overige vereisten voor aansprakelijkheid. Indien de inhoudelijke argumenten namelijk tegen aansprakelijkheid zouden pleiten, zou die aansprakelijk kunnen worden afgewezen via de zorgvuldigheidsnorm maar evenzeer via bijvoorbeeld de relativiteitseis of de causaliteit. Dat zou verder niets uitmaken, want het zou namelijk niets veranderen aan de argumentatie die achter dat oordeel (afwijzing van aansprakelijkheid) schuilt. Omgekeerd betekent de keuze vóór aansprakelijkheid dat die overige voorwaarden de aansprakelijkheid van toezichthouders niet in zijn algemeenheid zullen kunnen blokkeren (§ IX.3).
- 17 De civielrechtelijke leerstukken van relativiteit, causaal verband en eigen schuld zijn onmisbaar als het om toezichthouders gaat, maar zullen de eerder bereikte uitkomsten inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders niet principieel veranderen. Relativiteit is eigenlijk een alternatieve grond om die aansprakelijkheid af te kunnen wijzen als dat op basis van de inhoudelijke argumenten wenselijk zou zijn, maar tegelijkertijd is dat leerstuk daarvoor niet nodig omdat de zorgvuldigheidsnorm die functie al vervuld (§ X.2).

- 18 De causaliteitsvraag als *condicio sine qua non*-vraag zal materieelrechtelijk tot weinig spanning leiden. De toerekening op basis van art. 6:98 BW zal echter wel nog tot enige discussie aanleiding kunnen geven, omdat de rechter via die toerekening een uitlaadklep lijkt te hebben gekregen om het morele oordeel te funderen dat de toezichthouder niet even zwaar gestraft zou mogen worden als de ‘echte’ dader. Tot uitsluiting van aansprakelijkheid leidt dat echter niet (§ X.3).
- 19 Tot volledige uitsluiting van aansprakelijkheid leidt het leerstuk van eigen schuld vrijwel nooit. Waar het om toezichthouders gaat, leidt dat leerstuk echter ook nauwelijks tot een reductie van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Eigen schuld zal slechts een beperkte rol kunnen vervullen. Toezicht veronderstelt dat partijen zelf bepaalde schade niet zullen kunnen voorkomen. Zou dat anders zijn, dan zou toezicht in wezen overbodig zijn. Als die schade dan toch intreedt omdat een toezichthouder faalt, zal het paradoxaal en dus lastig zijn om het slachtoffer er alsnog een verwijt van te maken dat hij zelf beter had moeten opletten (§ X.4).
- 20 Financiële toezichthouders genieten tot op zekere hoogte immuniteit van aansprakelijkheid. Soms is die immuniteit eigenlijk bijna absoluut, en soms, zoals in Nederland, gaat het ‘slechts’ om een vrijwaring door de overheid voor het geval aansprakelijkheid aanvaard zou worden. Een immuniteit gaat te ver (§ XI.3), ook omdat in zo’n geval de afweging (wel of niet aansprakelijkheid aanvaarden) op de verkeerde plek (niet bij beoordeling van de vereiste zorgvuldigheid) gemaakt wordt (§ XI.4). Voor een vrijwaring is echter wel wat te zeggen als daarbij bepaalde voorwaarden gelden, zoals een eigen risico. Dat betekent dan echter wel dat een dergelijke vrijwaring eigenlijk een ruimer toepassingsbereik gegeven zou moeten worden (§ XI.2).
- 21 Dat het materiële recht een aanspraak op een falende toezichthouder verstrekt, is natuurlijk noodzakelijk, maar indien die aanspraak vervolgens niet te verwezenlijken is via het civiele proces, heeft een slachtoffer daar weinig aan. Aan de mogelijkheden tot verwezenlijking van die aanspraak draagt het burgerlijk procesrecht bij via mededelingsplichten, verzwaarde motivering- en aanvullende stelplichten, en via tegemoetkomingen in de sfeer van de bewijslastverdeling (§§ XII.2 en XII.3).
- 22 De conclusie op dit bewijsrechtelijke punt is uiteindelijk echter tweeslachtig. Enerzijds is er een informatieprobleem dat via de bestaande processuele instrumenten en de daaraan verbonden sancties lastig op te lossen is. Anderzijds zijn de gevolgen daarvan ook weer niet van dien aard dat de bewijslast een evident en structureel probleem oplevert. Dat komt mede omdat de aanvullende stelplicht hier een belangrijke functie kan, en zou moeten, vervullen, zowel ten aanzien van (het bewijs van) de schending van de zorgvuldigheidsnorm als ten aanzien van (het bewijs van) het causale verband (§ XII.5).
- 23 Voor de zeker niet ondenkbeeldige gevallen waarin een toezichtsfalen tot massaschade leidt (Volendam, Enschede), zal naast het hiervoor al genoemde, waarschijnlijk nog iets meer gedaan moeten worden om de processuele verwezenlijking van de materiële aanspraak te bevorderen. Het wetsvoorstel inzake de collectieve afwikkeling van massaschade biedt daartoe een eerste aanzet. De daarmee beoogde

vereenvoudiging verdient steun, hoewel er ongetwijfeld op detailniveau nog veel te verbeteren valt (§ XII.4).

3 Aansprakelijkheid van toezichthouders: welke vorm van aansprakelijkheid?

3.1 *De vraag is of het systeem van het aansprakelijkheidsrecht voldoet*

Bij beantwoording van de centrale vraag die in deze studie aan de orde is, namelijk of het aansprakelijkheidsrecht voldoet voorzover het toezichthouders betreft, gaat het er wat mij betreft niet om te bepalen of elke mogelijke, in concreto per geval nader in te vullen zorgvuldigheidsnorm voor een bepaalde toezichthouder, juist en/of rechtvaardig is. Dat zou ook ondoenlijk zijn, al was het maar omdat het ondoenlijk is bij voorbaat al die normen te expliciteren.¹

Het gaat er hier alleen nog om te bepalen of het (bestaande) *systeem* van het aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van toezichthouders juist en/of rechtvaardig is, en of dat systeem werkt, gegeven de eerder al besproken argumenten voor en tegen aansprakelijkheid.² Daarin ligt meteen de (vervolg)vraag besloten welke vorm van aansprakelijkheid dan gekozen zou moeten worden. Het gaat er dus om te beoordelen of het systeem van foutaansprakelijkheid juist is, of dat er in plaats daarvan voor een risicoaansprakelijkheid of voor een omkering van de bewijslast (ten aanzien van bijvoorbeeld de zorgvuldigheidsnorm of de causaliteitsvraag) gekozen zou moeten worden. De te beantwoorden vraag is dus: voldoet het huidige aansprakelijkheidsrecht op systeemniveau of is er een beter alternatief beschikbaar?³

3.2 *Vooraf nog: moet het aansprakelijkheidsrecht wel benut worden?*

Daaraan voorafgaand kan het echter nuttig zijn om nog kort stil te staan bij de vraag of het aansprakelijkheidsrecht hier eigenlijk wel in beeld zou moeten zijn. Ten aanzien van bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van zogenaamde 'gatekeepers' (organisaties

1 Vgl. § VIII.2 voor voorbeelden van dergelijke normen, en natuurlijk § IX.2 voor de argumenten die bij het oordeel over de vraag of aansprakelijkheid van een toezichthouder gewenst is, afgewogen moeten worden.

2 Het navolgende dient dan ook in nauwe samenhang gelezen te worden met hetgeen in § IX.2 naar voren is gebracht. Ter vermijding van mogelijke misverstanden: hetgeen hierna volgt doet niets af aan hetgeen in die paragraaf is gesteld. Daar was het de vraag óf aansprakelijkheid wenselijk was, hier is de vraag aan de orde (na een voorvraag in § 3.2) welk *systeem* van aansprakelijkheid wenselijk is. De eerder al geïdentificeerde argumenten spelen ook bij die vraag een doorslaggevende rol, zoals wij nog zullen zien.

3 De meer gedetailleerde vraag of een bepaalde zorgvuldigheidsnorm correct is, kan dan vervolgens afgewogen worden op basis van de daarvoor aangevoerde argumenten. De argumenten die de keuze voor een bepaald systeem inkleuren, zullen mijns inziens evenzeer de inhoud van een concrete norm duiden.

die fraude op ondernemingsniveau kunnen voorkomen, zoals accountants en advocaten) wordt immers gezegd dat deze vorm van aansprakelijkheid altijd een ‘costly, imperfect mechanism’ zal zijn. Die vorm van aansprakelijkheid heeft slechts beperkte betekenis als instrument van ‘social policy’ om wangedrag te voorkomen.⁴ Omdat het werk van een ‘gatekeeper’ en dat van een toezichthouder nogal op elkaar lijken, rijst de vraag of die conclusie dan ook voor toezicht in algemene zin geldt, en zo ja, of dat dan betekent dat het aansprakelijkheidsrecht alsnog helemaal uitgesloten, beperkt of ten minste herzien zou moeten worden.

Die conclusie is echter niet dwingend als wij bedenken dat al langer bekend is dat het aansprakelijkheidsrecht in zo ongeveer elk denkbaar geval een nogal kostbaar systeem is dat niet altijd op zichzelf 100% preventie kan bereiken en dus niet perfect is. De ten aanzien van ‘gatekeepers’ getrokken conclusie is er dus één die eigenlijk al langer en veel breder, voor het hele terrein van het aansprakelijkheidsrecht geldt. Deze voegt dus geen nieuw element toe aan de discussie als het specifiek om de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op toezichthouders gaat.⁵ Andere systemen (sociale zekerheid, fondsen) zijn waarschijnlijk goedkopere compensatieverstrekkers en weer andere systemen (strafrecht, veiligheidsregulering) zijn waarschijnlijk effectiever qua preventie.⁶ In de combinatie van beide ligt naar mijn mening echter, in elk geval in potentie, de kracht van het aansprakelijkheidsrecht, en dat geldt evenzeer als het om de aansprakelijkheid van toezichthouders gaat.

3.3 *Het systeem van foutaansprakelijkheid (de redelijk handelend toezichthouder) voldoet*

De optie om voor toezichthouders *geen enkele vorm van aansprakelijkheid* te aanvaarden, is mijns inziens ook om andere redenen nauwelijks denkbaar en onjuist. De toezichthouder heeft immers als taak om toezicht te houden en net als bij elke andere dienstverlener, beroepsbeoefenaar of bedrijfsmatig werkende instelling, zou die toezichthouder aansprakelijk gehouden moeten kunnen worden indien er fouten gemaakt worden bij de uitoefening van die taak. Ik noemde dit eerder het argument van *de ratio van toezicht*. Ik heb geen redenen, en zeker geen klemmende redenen, kunnen vinden die dat uitgangspunt ontkrachten. Bovendien is een immuniteit niet goed voorzover het gaat om *preventie* van schade,⁷ terwijl er bovendien nog diverse andere argumenten vóór (een vorm van) aansprakelijkheid te geven zijn.⁸

4 Zie Hamdani 2003, p. 51. Zie nader over deze vorm van aansprakelijkheid: Meerburg 2004.

5 Uiteraard kan gediscussieerd worden over het volledig afschaffen van aansprakelijkheid, maar dat is dan een andere discussie, waarover Hartlief 2003, een discussie die ik hier niet (ook nog) aan zou willen gaan.

6 Nader hieromtrent Barendrecht, NJB 2002 en Hartlief 2003.

7 Zie IX.2.2. Een vrijwaring zou eventueel wel mogelijk zijn, maar dat speelt alleen bij overheids-toezichthouders.

8 Zie opnieuw de argumentatie in § IX.2 en nr. 14 in § 2 hiervoor, welke hier als herhaald en ingelast beschouwd mag worden.

Een vorm van *risicoaansprakelijkheid* voor toezichthouders zou naar mijn mening ook te ver gaan, maar dan de andere kant op. Omdat het bij toezichthouders uiteindelijk om een afgeleide aansprakelijkheid gaat, een vorm van aansprakelijkheid die voor wat betreft het rechtvaardigheidsgehalte, in elk geval gevoelsmatig, niet bovenaan de ranglijst zal staan, zou een risicoaansprakelijkheid, uiteindelijk te verstrekkend zijn, hoewel daarmee natuurlijk de compensatie door middel van het aansprakelijkheidsrecht sterk gediend zou zijn.⁹ Gezien het feit dat het gaat om een vorm van afgeleide aansprakelijkheid, zou de toezichthouder mijns inziens ten minste een verwijt gemaakt moeten kunnen worden voordat hij aansprakelijk kan worden gehouden.¹⁰

Opgemerkt dient te worden dat de risicoaansprakelijkheden uit afd. 6.3.2 BW ook als gevallen van toezicht (op een persoon of op een zaak) zouden kunnen worden omschreven, zodat het helemaal niet zo vreemd is om ook hier aan een risicoaansprakelijkheid te denken. Het verschil met de risicoaansprakelijkheden uit het BW is echter, voorzover het over zaken gaat, dat de 'toezichthouder', bijvoorbeeld de bezitter van het dier, tevens de 'primaire' dader is, omdat hij moet zorgen en instaan voor het dier, voorzover het al mogelijk is een 'echte' dader aan te wijzen. Toezichthouder 'T' en dader 'D' vallen hier dus samen (§ II.2.3). En de risicoaansprakelijkheid voor handelingen van andere personen verschilt inderdaad niet al te zeer van de aansprakelijkheid van een toezichthouder in de hier besproken zin (zie al § I.1.3), maar (met name) bij kinderen en werknemers is de band tussen dader en 'toezichthouder' nog nauwer dan dat zulks bij de hier besproken relaties tussen toezichthouder en dader en/of slachtoffer het geval zal zijn. In beide gevallen rechtvaardigt het genoemde verschil mijns inziens de verschillende benaderingswijze en de keuze om voor toezichthouders geen risicoaansprakelijkheid te introduceren.¹¹

Daar komt verder nog bij dat bij een risicoaansprakelijkheid geen, althans minder eenvoudig, rekening gehouden kan worden met de invloed van bijvoorbeeld het toezichthouderdilemma of de positie van een overheidsorgaan (beleidsvrijheid). Tot slot is de empirisch (nog) niet uit te sluiten dreiging van en vrees voor 'floodgates' en 'defensive conduct' aan de zijde van toezichthouders, reden om hier niet te hard van stapel te (willen) lopen. Dat laat dan wel onverlet dat de notie van schadespreiding en bescherming van vertrouwen eerder juist voor een verzwaarde vorm van aansprakelijkheid zouden pleiten.

Wellicht is een (vorm van) risicoaansprakelijkheid op een beperkt terrein (de overheid in gevallen van letselschade) echter wel nog een optie die het overwegen

9 Expliciet over die compensatie via een risicoaansprakelijkheid Coulon 2003, nr. 371, die overigens sterk gekant is tegen zo'n risicoaansprakelijkheid, zie no. 396 en 404-420.

10 Ook voor de primaire dader is een risicoaansprakelijkheid geen goed signaal, ongeacht of er sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid, want qua preventie voegt dat niets toe aan een schuldaansprakelijkheid (de prikkel op de toezichthouder om te prikkelen blijft dezelfde). Wel weet de primaire dader in dat geval vrijwel zeker dat het slachtoffer bij de solvente toezichthouder terecht kan voor een vergoeding zodat hij ook weet dat er nog minder reden is voor dat slachtoffer om alsnog bij hem te komen.

11 Ook voor de aansprakelijkheid van een 'gatekeeper' is betoogd dat risicoaansprakelijkheid niet steeds de beste oplossing is, zie Hamdani 2003, p. 30 en 44.

waard is. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de secundaire ‘dader’ dan ten hoogste ‘subsidiar’ aansprakelijk zou zijn, dat wil zeggen: indien diens aansprakelijkheid alleen ingeroepen kan worden als de eerstverantwoordelijke niet aansprakelijk gesteld kan worden wegens onvindbaarheid of insolventie.¹²

De argumenten die tegen een risicoaansprakelijkheid voor toezichthouders pleiten, spreken eveneens tegen een algehele omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgvuldigheidsnorm. Bovendien bestaan er op procesrechtelijk vlak diverse, minder verstrekkende alternatieven die veel kou uit de lucht halen (mededelingsplichten, etc.). Ook indien de materie enkel benaderd zou worden vanuit de vraag of een bewijslastomkering hier mogelijk of wenselijk zou zijn, zou dat antwoord hetzelfde zijn want er bestaat hier geen structurele bewijsnood. Dat betekent dat de verwezenlijking van de materiële norm niet in gevaar is zodat een bewijslastomkering niet in de rede ligt.¹³

De aansprakelijkheid van toezichthouders zal dus, zo blijkt opnieuw,¹⁴ een ‘gewone’ schuldaansprakelijkheid moeten zijn,¹⁵ waarbij de precieze reikwijdte op basis van de gewone zorgvuldigheidsnorm (wat kon er van een redelijk handelend toezichthouder verwacht worden?) en via toepassing van de *Kelderluik*-factoren bepaald zal moeten worden.¹⁶ Dit betekent derhalve, ik wijs daar met nadruk op, dat het zeker niet zo is, ook niet in mijn opvatting, dat de toezichthouder altijd aansprakelijk is als er iemand ergens schade heeft geleden door het gedrag van een onder toezicht gestelde. De norm dat een onzorgvuldige gedraging van de toezichthouder (een verwijt) nodig is, betekent dat een toezichthouder niet steeds alle mogelijk denkbare voorzorgsmaatregelen hoeft te nemen om aansprakelijkheid te kunnen ontlopen. En dat betekent dan weer dat die norm dus een gedegen rem zet op de wél te nemen voorzorgsmaatregelen (en de kosten daarvan).

Bij dit alles past het dan echter niet om de aansprakelijkheid (ook nog eens) extra terughoudend te benaderen, omdat het bijvoorbeeld om een vorm van afgeleide aansprakelijkheid gaat of omdat het vaak om een nalaten gaat. Zodoende zijn ook speciaal opgetuigde aansprakelijkheidsmaatstaven (groeve of zware schuld vereist, etc) uit den boze.¹⁷ Dat eventueel de overheid gedaagde is, is als zodanig ook geen reden

12 Vgl. de regeling van de aansprakelijkheid van de notaris naar Duits recht, waarover § III.3.2.

13 Zie nader § XII.3; Giesen 2001, p. 445 e.v., en de noot van Asser onder HR 29-11-2002, NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen), nr. 15.

14 Zie § VIII.2.4.5 en § IX.3.1.

15 De aansprakelijkheid van een toezichthouder is in mijn visie wel bijzonder voor wat betreft het eigen schuld-verweer. Ik zie daarvoor namelijk slechts zeer beperkt ruimte, zie § X.4. Daarbij zij aangetekend dat toepasselijkheid van art. 6:101 BW te prefereren lijkt boven een verval van aansprakelijkheid, omdat in het eerste geval de toezichthouder nog een prikkel tot zorgvuldig gedrag krijgt, vgl. Barendrecht, NJB 2003, p. 957.

16 Zie § VIII.2 voor voorbeelden. Hiervoor pleit verder nog dat het probleem van de gedaagde die ‘judgment-proof’ is, het best te bestrijden is via een vorm van schuldaansprakelijkheid, aldus Dari Mattiacci/De Geest 2003.

17 Dat die terughoudendheid nog altijd, in elk geval latent, aanwezig is, ook in Nederland (en niet alleen elders, zie Giesen 2004), volgt bijvoorbeeld uit HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda), waarin via het relativiteitsvereiste de aansprakelijkheid buiten boord gehouden wordt (zie § X.2), en HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), waarin een opgetuigde aansprakelijk-

voor terughoudendheid maar kan wel de invulling van de norm (van de redelijk handelende toezichthouder) kleuren. Hetzelfde geldt voor het gegeven dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder deel uitmaakt van een complexere rechtsverhouding tussen drie (of meer) partijen.

Daarmee is dan meteen ook gegeven dat het huidige stelsel van Nederlands aansprakelijkheidsrecht *als systeem* in principe *voldoet* als het om toezichthouders gaat: de aansprakelijkheid van toezichthouders kan naar geldend recht op adequate en rechtvaardige wijze afgewikkeld worden. Grote wijzigingen of noodzakelijke veranderingen binnen dat systeem van aansprakelijkheid dienen zich niet direct aan. De weinige rechtspraak die er is, heeft de juiste insteek gekozen en kan op dezelfde voet verder gaan.

4 Tot slot: de aansprakelijkheid van toezichthouders in de nabije toekomst

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders staat naar mijn mening nog in de kinderschoenen. Het denken ‘in termen van’ toezicht, om het vrij naar Schoordijk te zeggen, is nog niet tot volle wasdom gekomen.¹⁸ Hoewel ik niet geloof in verhalen over ‘de claimcultuur’ die nu al te ver zou gaan, en ik er voorlopig veeleer van overtuigd ben dat in Nederland het aansprakelijkheidsrecht heel rustig ontwikkeld wordt en ook kan worden, zonder dat het systeem direct in gevaar komt,¹⁹ kan ik er niet omheen dat een deel van die ontwikkeling in de nabije toekomst via en over de rug van toezichthouders zal verlopen. Er zal meer en eerder naar toezichthouders gekeken gaan worden door slachtoffers die (ten dele) insolvabele directe wederpartijen treffen.²⁰ De aansprakelijkheid van toezichthouders zal dus nog evolueren en in omvang groeien, zo verwacht ik.

heidsmaatstaf (‘niet kennelijk onverantwoord’) opgevoerd wordt om de aansprakelijkheid te beteugelen (zie § VII.3.1 en § VIII.2.3.9).

- 18 Bij wijze van voorbeeld noem ik (opnieuw) HR 7-5-2004, RvdW 2004, 67 (Duwbak Linda); HR 28-5-2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.), en HR 28-5-2004 RvdW 2004, 76 (Hartmann/PJIAE), waarin de zaak steeds *niet* vanuit de invalshoek van ‘toezicht’ bekeken werd. Een krachtig pleidooi voor het veelvuldiger denken in termen van toezicht, geeft bijvoorbeeld Coulon 2003, nr. 369.
- 19 Ik vind daarvoor steun bij Eshuis 2003. Ook in Nederland volgen wij, hoewel dat meestal niet zo expliciet wordt uitgesproken, de in Engeland wel expliciet gevolgde ‘incremental approach’. Zie bij voorbeeld de conclusie van A-G Spier voor HR 9-7-2004, JOL 2004, 411, sub 5.9.1. die stelt dat het niet onbepert oprekken van aansprakelijkheden in de tijdgeest past. Ik noem ook nog de *Johanna Kruidhof*-rechtspraak (HR 28-5-1999, NJ 1999, 564) en het vervolg daarop (HR 6-6-2003, NJ 2003, 504 (Krüter/Wilton-Feyenoord), waarover Vranken 2003, § 3.2-3.4. Zie nader over die ‘approach’ Markesinis/Deakin 1999, p. 83; Lunney/Oliphant 2003, p. 122.
- 20 Dat kan overigens (in elk geval ten dele) ook voorkomen worden door ervoor te waken dat de primaire gedaagde ‘judgment-proof’ wordt, bijvoorbeeld door introductie van een verplichte verzekering voor bepaalde activiteiten of door minimumeisen te stellen aan het vermogen van iemand die zo’n activiteit wil ontplooiën, zie nader Shavell 2004, en over de ontwikkelingen dienaangaande, bijvoorbeeld op het terrein van het milieubeheer, zie het Besluit financiële zekerheid milieubeheer, *Stb.* 2003, 71.

Ik vind dat geen onoverkomelijk probleem, want de argumenten voor een dergelijke ontwikkeling – dat wil zeggen: de al besproken argumenten voor de al bestaande aansprakelijkheid van toezichthouders – winnen het van de argumenten die daar tegen spreken, zoals ik hiervoor constateerde.²¹ Daar komt nog bij dat het naar mijn mening wel los zal lopen met een eventuele explosieve groei van de aansprakelijkheid van toezichthouders, omdat de voorwaarden ervoor, zoals ik hiervoor al geschetst heb, niet kinderachtig zijn.²²

De toezichthouders (notarissen, accountants, AFM, DNB, NMa, OPTA, psychiatrische ziekenhuizen, scholen, etc.) zullen dus wel een zekere ontwikkeling in de richting van meer en eerdere aansprakelijkheid moeten incalculeren, maar dat zal niet de spuigaten uit lopen. Als die toezichthouders daarmee, als het enigszins kan in samenspraak met hun verzekeraars, nu alvast gaan beginnen en nu al reserves op gaan bouwen en de premiestelling zoveel mogelijk af gaan stemmen op hetgeen hun naar alle waarschijnlijkheid te wachten staat – te weten een langzaam uitdijende mate van aansprakelijkheid –, dan kunnen wij te zijner tijd (over bijvoorbeeld 10 of 20 jaar) ten minste de altijd schimmige, want feitelijk niet te onderbouwen, discussie inzake (on)verzekerbaarheid laten voor wat zij is.²³ Tegen die tijd zouden er dan immers voldoende reserves opgebouwd moeten zijn om de schadevergoedingsverplichtingen te kunnen dragen. Vervolgens kan dan de discussie makkelijker gevoerd worden op het niveau waarop die gevoerd zou moeten worden: de wenselijke inhoud van het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voorzover het gaat om toezichthouders.

21 In § IX.2 en in nr. 14 in § 2 hiervoor staan ze opgesomd.

22 Steeds moeten immers weer de *Kelderluik*-factoren afgewogen worden, met alle daaraan inherente remmingen tegen aansprakelijkheid. Vgl. over dit punt ook, doch met licht cynische ondertoon, Barendrecht, NJB 2003, p. 957.

23 Voor de duidelijkheid: ik erken hier volledig het immense belang van verzekeringen voor het aansprakelijkheidsrecht; zonder verzekering zou het hele systeem in elkaar storten, vgl. Hartlief 2003, p. 35; Dufwa 2003, p. 64. Ik vind echter ook dat eerst bepaald zou moeten kunnen worden welk niveau en welke omvang van aansprakelijkheid wenselijk zou zijn en dat pas daarna bepaald zou hoeven worden wat er daarvoor qua verzekeringspolissen, etc. zou moeten gebeuren. Is dat naïef? Ongetwijfeld, maar zou dat niet tevens de juiste volgorde zijn, gegeven de vrij algemeen gedeelde notie (Sieburgh 2000, p. 227-230; Hartlief/Tjittes 1999, p. 22-23; Schut 1997, p. 8) dat verzekering geen aansprakelijkheid schept?

Literatuurlijst

Abas 2001

P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden*, Mon. Nieuw BW A-16, 3^e druk, Kluwer: Deventer 2001

Van den Akker 2001

E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, diss. KUB 2001, BJU: Den Haag 2001

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Tjeenk Willink: Deventer 1997

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Oratie VU, BJU: Den Haag 2002

Akkermans 2003

A.J. Akkermans, Zeven stellingen over de omkeringsregel, in: A. Hammerstein (e.a.), *Causaliteit*, Sdu: Den Haag 2003, p. 13 e.v.

Akkermans/Faure/Hartlief 2000

A. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, BJU: Den Haag 2000

Albers, NTB 2004

C.L.G.F.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving, *NTB* 2004, 32, p. 201 e.v.

Andenas/Fairgrieve 2000

M. Andenas, D. Fairgrieve, To Supervise or to Compensate? A Comparative Study of State Liability for Negligent Banking Supervision, in: M. Andenas (ed.), *Judicial Review in International Perspective* (Liber Amicorum Lord Slynn), Kluwer Law International: The Hague 2000, p. 333 e.v.

Andenas/Fairgrieve, ICLQ 2002

M. Andenas, D. Fairgrieve, Misfeasance in Public Office, Governmental Liability, and European Influences, *International Comparative Law Quarterly*, vol 51, 2002, p. 757 e.v.

Ashmead, 55 Brooklyn L. Rev. 995 (1989)

J.R. Ashmead, Putting a Cork on Social Host Liability: New York Rejects a Trend, *55 Brooklyn Law Review* 995 (1989)

Asser 1992

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*. Mon. Nieuw BW A-24, Kluwer: Deventer 1992

Asser 2003

W.D.H. Asser, De bewijslastverdeling in verband met art. 7:658 lid 2 BW, in: C.J.M. Klaassen (e.a.) (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Kluwer: Deventer 2003, p. 61 e.v.

Asser/Groen/Vranken/Tzankova 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, BJu: Den Haag 2003

Asser-Hartkamp 4-I (2004)

A.S. Hartkamp (m.m.v. C.H. Sieburgh), *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, 12^e druk, Kluwer: Deventer 2004

Asser-Hartkamp 4-III (2002)

A.S. Hartkamp (m.m.v. C.H. Sieburgh), *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel III. Verbintenis uit de wet*, 11^e druk, Kluwer: Deventer 2002

Asser-Vranken

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel***, Tjeenk Willink: Zwolle 1995

Von Bar 1996

Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band I, Beck: München 1996

Von Bar 1999

Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, Beck: München 1999

Barendrecht 1999

J.M. Barendrecht, De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in drievoud, in: J.M. Barendrecht en E. Bauw, *Privaatrecht in de 21e eeuw. Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 1999, p. 57 e.v.

Barendrecht/Van den Akker 1999

J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Tjeenk Willink: Deventer 1999

Barendrecht, NJB 2002

J.M. Barendrecht, Aansprakelijkheid en welzijn, *NJB* 2002, p. 605 e.v.

Barendrecht/Giesen/Schellekens/Scheltema 2002

J.M. Barendrecht, I. Giesen, M.H.M. Schellekens, M.W. Scheltema, *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking*, BJu: Den Haag 2002

Barendrecht, NJB 2003

J.M. Barendrecht, Vooraf: hoofdelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders?, *NJB* 2003, p. 957

Barendrecht c.s., NJB 2004

J.M. Barendrecht, J.B.M. Vranken (e.a.), Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?, *NJB* 2004, p. 1419 e.v.

- Barkhuysen/Van Emmerik, *NJB* 2003
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, Het EVRM dwingt tot verruiming van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheden, *NJB* 2003, p. 1444 e.v.
- Barkhuysen/Van Emmerik, *O&A* 2003
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak Öneriyildiz tegen Turkije, *O&A* 2003, p. 109 e.v.
- Baron/Ritov, *Journal of Risk and Uncertainty* 1993
J. Baron, I. Ritov, Intuitions about Penalties and Compensation in the Context of Tort Law, *Journal of Risk and Uncertainty* 1993, p. 17 e.v.
- Baron 2000
J. Baron, *Thinking and Deciding*, Cambridge University Press, Cambridge 2000
- Bauw/Frenk 2002
E. Bauw & N. Frenk, Het verhaal van schade ten behoeve van grote groepen slachtoffers, in: A. Akkermans & E. Brans, *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, p. 79 e.v.
- Van den Berg 1993
M.A.M.C. van den Berg, *Ondanks nauwlettend toezicht*, Oratie KUB, Kluwer: Deventer 1993
- Van den Berg, Jonk & Moelker, *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2003
R.G. van den Berg, A.M. Jonk & L.A.G. Moelker, Naar een Wet op het financieel toezicht, *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2003, p. 192 e.v.
- Bloembergen/Lindenbergh 2001
A.R. Bloembergen & S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*. Mon. Nieuw BW B-34, Kluwer: Deventer 2001
- Blomberg, M & R 2002
A.B. Blomberg, Aanvaardbaar gedogen, *M & R* 2002, p. 284 e.v.
- Boks 2002
D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid* (diss. RuG), Kluwer: Deventer 2002
- Van Boom 1997
W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), *Tussen Alles en Niets*, Tjeenk Willink: Deventer 1997, p. 135 e.v.
- Van Boom 2002
W.H. van Boom, Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid, in: W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*. Preadvies VBR Kluwer: Deventer 2002
- Van Boom 2003
W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Oratie UvT, BJU: Den Haag 2003
- Van Boom, *NTBR* 2003
W.H. van Boom, Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger, *NTBR* 2003, p. 555 e.v.

- Van Boom 2004
W.H. van Boom, Pure Economic Loss: A Comparative Perspective, in: W.H. van Boom (e.a.) (eds.), *Pure Economic Loss*, Springer: Wien 2003
- Van Boom, WPNR 6578 (2004)
W.H. van Boom, Art. 7:910 in het wetsvoorstel massaschade: een contractuele werking ten nadele van een derde, *WPNR* 6578 (2004), p. 384 e.v.
- Van Boom/Barendrecht 2000
W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, Gedrag van toen, normen van nu?, in: I. Brandt (e.a.) (red.), *Tijd en onzekerheid. BW-Krant Jaarboek 16*, Deventer 2000, p. 45 e.v.
- Van Boom/Giesen, NJB 2001
W.H. van Boom & I. Giesen, Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen, *NJB* 2001, p. 1675 e.v.
- Borgers 2003
M.J. Borgers, Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen*, Nijmegen: WLP 2003, p. 51 e.v.
- Boshuizen 2001
G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht*, diss. UU 2001
- Brenninkmeijer 2001
F. Brenninkmeijer, Klagen bij de NMa, in: O.J.D.M.L. Jansen (e.a.) (red.), *Handhaving van de mededingingswet*, Kluwer: Deventer 2001, p. 45 e.v.
- Bright, OJLS 2001
S. Bright, Liability for the Bad Behaviour of Others, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. (2001), p. 311 e.v.
- Brüggemeier 1999
G. Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts*, Nomos: Baden-Baden 1999
- Van Buuren c.s. 1999
P.J.J. van Buuren c.s., *Bestuursdwang en dwangsom*, Kluwer: Deventer 1999
- Cane 1999
P. Cane, *Atiyah's accidents, compensation and the law*, 6th ed., Butterworths: London 1999
- Case note HLR 2001
Anoniem, Case note: Firearms Litigation [2001] *Harvard Law Review* 717
- Charlesworth & Percy 1997
R.A. Percy & C.T. Walton, *Charlesworth & Percy on Negligence*, 9th ed., Sweet & Maxwell: London 1997
- Code Civil 2003
A. Tisserand (e.a.), *Code Civil*, 102e éd., Dalloz: Paris 2003
- Comment 2001
Anoniem, Costs and benefits of the single regulator, *The Financial Regulator* 2001, Volume 6, Number 3, p. 6 e.v.

- Core Principles Banking Supervision
Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles for Effective Banking Supervision*, Basel 1997
- Coulon 2003
C. Coulon, *L'obligation de surveillance. Essai sur la prevention du fait d'autrui en droit français de la responsabilité civile*, Recherches Juridiques, Economica: Paris 2003
- Craig & Fairgrieve, P.L. 1999
P. Craig & D. Fairgrieve, Barret, Negligence and Discretionary Powers, *Public Law* 1999, p. 626 e.v.
- Daalder 1998
E.J. Daalder, Onderneming, toezicht en de Algemene wet bestuursrecht, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), *Overheid en onderneming*, Kluwer: Deventer 1998, p. 385 e.v.
- Van Dam 1995
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten*. Preadvies voor de Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking, no. 52, Kluwer: Deventer 1995
- Van Dam 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, BJu: Den Haag 2000
- Van Dam 2002
C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving, in: J.M. Barendrecht (e.a.), *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, Vermande: Lelystad 2002, p. 37 e.v.
- Van Dam, VR 2002
C.C. van Dam, Het Taxibus-arrest, *VR* 2002, p. 205 e.v.
- Van Damme/Eijlander 2000
E.E.C. van Damme, Ph. Eijlander, Toezicht op marktwerking: algemeen of specifiek?, in: H.J. de Ru, J.A.F. Peters, (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten*, Sdu: Den Haag 2000, p. 53 e.v.
- Dari Mattiacci/De Geest 2003
G. Dari Mattiacci, G. de Geest, *Judgment Proofness under Four Different Precaution Technologies*, Law and Economics Working Paper Series 04-03, 2003: ssrn.com/abstract=480441
- Dari Mattiacci/Parisi 2002
G. Dari Mattiacci, F. Parisi, *The Cost of Delegated Control: Vicarious Liability, Secondary Liability and Mandatory Insurance*, Law and Economics Working Paper Series 02-27, 2002: ssrn.com/abstract_id=343120
- De Mot, NJB 2001
J. De Mot, Overheidsaansprakelijkheid voor toezicht: een economische analyse, *NJB* 2001, p. 1670 e.v.

- Denoix de Saint Marc 1986
R. Denoix de Saint Marc, Rapport Français, in: *La responsabilité du banquier: aspects nouveaux*. Travaux de l'Association Heri Capitant. Tome XXXV 1984, Economica: Paris 1986
- Deutsch 1995
E. Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3. Aufl., C. Heymann's Verlag: Köln 1995
- Van Dijk 2002
Chr. H. van Dijk, Commentaar: Het verhaal van schade ten behoeve van grote groepen slachtoffers, in: A. Akkermans & E. Brans, *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, p. 95 e.v.
- Van Dijk, TVP 2003
Chr. H. van Dijk, De omkeringsregel, meer dan een vermoeden van causaal verband, *TVP* 2003, p. 7 e.v.
- Van Dijk, NTBR 2003
Chr. H. van Dijk, Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars, *NTBR* 2003, p. 188 e.v.
- Van Dijk, TVP 2004
Chr. H. van Dijk, Annotatie: Omkeringsregel, *TVP* 2004, p. 63 e.v.
- Docters van Leeuwen 2003
A.W.H. Docters van Leeuwen, *Waarom eigenlijk? Heeft toezicht op accountants toegevoegde waarde?*, Nordemann lezing, Amsterdam 2003
- Docters van Leeuwen/Kockelkoren 2004
A.W.H. Docters van Leeuwen & Th.F. Kockelkoren, Perspectief op toezicht, in: A.W.H. Docters van Leeuwen (e.a.), *Maatschappelijk verantwoord verzekeren in de 21^e eeuw. Preadvies 2003*, Kluwer: Deventer 2004
- Van der Does/Snijders 2001
J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Mon. Nieuw BW A-26, Deventer 2001
- Doorenbos, NJB 2003
D.R. Doorenbos, Schandpaal en onschuldpresumptie, *NJB* 2003, p. 2190 e.v.
- Dufwa 2003
B.W. Dufwa, Tort Law and No-Fault Schemes, in: H. Koziol, J. Spier (eds.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Springer: Wien 2003, p. 63 e.v.
- Duk, TCR 2003
R.A.A. Duk, Hoe autoritair wordt de nieuwe civiele rechter?, *TCR* 2003, p. 63 e.v.
- Drion 1958
H. Drion, *Aansprakelijkheid voor andermans fouten in verband met de inhoud der verplichtingen*, Oratie Leiden, Martinus Nijhoff: Den Haag 1958
- Ebers, NJW 2003
M. Ebers, Haftungslücken beim Schadenersatz für Schulunfälle, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, p. 2655 e.v.

- Eijlander/Van Gestel, NJB 2001
Ph. Eijlander & R.A.J. van Gestel, Maatschappelijke veiligheid: verantwoordelijkheidbereidheid en de reguleringsketen. Naar een terugkerende of een optredende overheid?, *NJB* 2001, p. 1655 e.v.
- Eisma/Schlingmann, NJB 2004
S.E. Eisma, F.M. Schlingmann, Kroniek van het effectenrecht, *NJB* 2004, p. 548 e.v.
- Engelhard, NTBR 2003
E.F.D. Engelhard, Rechtspraak kort. Rb. Assen 16 juli 2003, *NTBR* 2003, p. 601 e.v.
- Engelhard, NTBR 2004
E.F.D. Engelhard, Rechtspraak kort. HR 19 maart 2004, *NTBR* 2004, p. 289 e.v.
- Elvin, CLJ 2002
J. Elvin, Case and comment: The liability of schools for bullying, *Cambridge Law Journal* 2002, p. 255 e.v.
- Elvin, LQR 2003
J. Elvin, Notes: Liability for Negligent Refereeing of a Rugby Match, *Law Quarterly Review* 2003, p. 560 e.v.
- Epstein 2000
R.A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, 7th ed., Aspen Law & Business: Gaithersburg 2000
- Eshuis 2003
R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*. WODC onderzoek en beleid 209, WODC/BJu: Den Haag 2003
- Fairgrieve, EBLR 1999
D. Fairgrieve, Liability of the French State, *European Business Law Review* 1999, p. 16 e.v.
- Fairgrieve, P.L. 2002
D. Fairgrieve, Pushing back the Boundaries of Public Authority Liability: Tort Law Enters the Classroom, *Public Law* 2002, p. 288
- Faure/Hartlief, NJB 1999
M. Faure & T. Hartlief, Het kabinet en de claimcultuur, *NJB* 1999, p. 2007 e.v.
- Faure/Hartlief 2001
M. Faure & T. Hartlief, Vergoeding van rampschade, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag 2001
- Faure/Hartlief 2002
M. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Kluwer: Deventer 2002
- Fedtke/Magnus 2003
J. Fedtke, U. Magnus, Liability for Damage Caused by Others under German Law, in: J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International: The Hague 2003, p. 105 e.v.

- Feinman, 31 Fla. State U. L. Rev. 17 (2003)
J.M. Feinman, Liability of Accountants for Negligent Auditing: Doctrine, Policy, and Ideology, 31 *Florida State University Law Review* 17 (2003)
- Ferguson, NLJ 2003
P. Ferguson, Making a splash, *New Law Journal* 2003, p. 106 e.v.
- Fleming & Maximov, 62 Cal. L. Rev. 1025 (1974)
J.G. Fleming, B. Maximov, The Patient or His Victim: the Therapist's Dilemma, 62 *California Law Review* 1025 (1974)
- FSA Consultation Paper 73
Financial Services Authority, *Investigation of complaints against the FSA, Consultation Paper 73*, London, November 2000
- Franken, NJB 2004
H. Franken, Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen, *NJB* 2004, p. 1400 e.v.
- Frenk, TPR 2003
N. Frenk, Bundeling van vorderingen, *TPR* 2003, p. 1413 e.v.
- Galand-Carval 2003
S. Galand-Carval, Liability for Damage Caused by Others under French Law, in: J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International: The Hague 2003, p. 85 e.v.
- Gammon & Hulston, 60 Mo. L. Rv. 749 (1995)
T.E. Gammon & J.K. Hulston, The Duty of Mental Health Care Providers to Restrain Their Patients or Warn Third Parties, 60 *Missouri Law Review* 749 (1995)
- De Geest, NJB 2004
G. de Geest, Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?, *NJB* 2004, p. 58 e.v.
- De Geest, NJB 2004a
G. de Geest, Naschrift, *NJB* 2004, p. 1439 e.v.
- Van Gerven c.s. 1999
W. van Gerven (e.a.), *Common Law of Europe Casebooks. Torts. Scope of Protection*, Hart: Oxford 1999
- Giesen 1999
I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Tjeenk Willink: Deventer 1999
- Giesen 2001
I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. KUB, BJu: Den Haag 2001
- Giesen, AV&S 2002
I. Giesen, Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, *AV&S* 2002/4, p. 97 e.v.
- Giesen 2003
I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid jegens derden voor letselschade: de zorgvuldigheidsnorm en de rechtvaardiging voor aansprakelijkheid, in: C.J.M. Klaassen (e.a.) (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Kluwer: Deventer 2003, p. 311 e.v.

Giesen 2003a

I. Giesen, Baby Joost (HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 nt. ARB), in J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*, BJu: Den Haag 2003, p. 15-30

Giesen 2003b

I. Giesen, Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling, in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2003, p. 11 e.v.

Giesen 2004

I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten. Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders*, 'Studiekring Prof.mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks, nr. 8, Kluwer: Deventer 2004

Giesen 2004a

I. Giesen, Codificatie en dynamiek in het schadevergoedingsrecht, in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *Codificatie en dynamiek. Instrumenten ter begeleiding van de omgang met codificaties*, BJu: Den Haag 2004, p. 139 e.v.

Giesen, AV&S 2004

I. Giesen, Van een openstaand kelderluik naar een gekantelde vrachtwagen. Annotatie bij HR 26 september 2003, NJ 2003, 660, *AV&S* 2004, 07, p. 35 e.v.

Giesen, RM Themis 2004

I. Giesen, Boekbespreking: A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, *RM Themis* 2004, p. 91 e.v.

Goodhart 2001

Ch.A.E. Goodhart, Regulating the Regulator – An Economist's Perspective on Accountability and Control, in: E. Ferran & Ch.A.E. Goodhart (ed.), *Regulating Financial Services and Markets in the Twenty First Century*, Hart: Oxford 2001, p. 151 e.v.

De Graaf/Marseille, NJB 2004

K.J. de Graaf, A.T. Marseille, De werkelijke en wenselijke rechtsmachtverdeling bij aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk handelen, *NJB* 2004, p. 779 e.v.

Grosheide 2001

F.W. Grosheide, Afstemming tussen de civiele rechter en de NMa, in: O.J.D.M.L. Jansen (e.a.) (red.), *Handhaving van de mededingingswet*, Kluwer: Deventer 2001, p. 91 e.v.

Grundmann-van de Krol 2002C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht*, 4^e druk, BJu: Den Haag 2002

Grundmann-van de Krol 2002a

C.M. Grundmann-van de Krol, *Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht*, Oratie UvT, BJu: Den Haag 2002

Haak, NTBR 2001

K.F. Haak, Functioneel privaatrecht voor leed en verdriet, *NTBR* 2001/5, p. 211

Haan-Kamminga 2003

A. Haan-Kamminga, Aansprakelijkheid voor toezicht, in: H. Boschma (e.a.), *LT. Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman*, Kluwer: Deventer 2003, p. 117 e.v.

Habscheid 1988

E.J. Habscheid, *Staatshaftung für fehlsame Bankenaufsicht?*, Verlag Ernst und Werner Gieseking: Bielefeld 1988

Haentjes/Du Perron 2003

M. Haentjes, E. du Perron, Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law, in: J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International: The Hague 2003, p. 171 e.v.

Van Hall, NTBR 2002

A. van Hall, Annotatie: aansprakelijkheid waterschap, *NTBR* 2002, p. 413 e.v.

Hamdani 2003

A. Hamdani, *Gatekeeper Liability*, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business. Discussion Paper No. 442, 10/2003, http://papers.ssrn.com/abstract_id=466040

Hammerstein/Schaafsma-Beversluis, NJB 2003

A. Hammerstein, E. Schaafsma-Beversluis, Kroniek van het burgerlijk procesrecht, *NJB* 2003, p. 501 e.v.

Hammerstein, NJB 2003

A. Hammerstein, Fundamentele herbezinning: graag, *NJB* 2003, p. 1713

Harper & Kime, 43 Yale L.J. 886 (1934)

F.V. Harper & P.M. Kime, The Duty to Control the Conduct of Another, 43 *Yale Law Journal* 886 (1934)

Hart/Honoré 1985

H.L.A. Hart, T. Honoré, *Causation in the Law*, 2nd. ed., Clarendon: Oxford 1985

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Oratie Leiden, Kluwer: Deventer 1997

Hartlief, NTBR 2002

T. Hartlief, Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2000-2002, *NTBR* 2002, p. 460 e.v.

Hartlief 2003

T. Hartlief, De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht, in: T. Hartlief, S. Klosse (red), *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, BJu: Den Haag, 2003, p. 1 e.v.

Hartlief 2003a

T. Hartlief, Zorgplichten in het onrechtmatigedaadsrecht. Uitdijning en begrenzing, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Kluwer: Deventer 2003, p. 481 e.v.

Hartlief, AA 2003

T. Hartlief, Causaliteitonzekerheid. Opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel', *AA* 2003, p. 298 e.v.

- Hartlief/Tjittes 1999
T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 2^e druk, Kluwer: Deventer 1999
- Hartlief/Tjittes, NJB 2004
T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2004, p. 1579 e.v.
- Hartshorne e.a, MLR 2000
J. Hartshorne, N. Smith, R. Everton, 'Caparo under Fire': a Study into the Effects upon the Fire Service of Liability in Negligence, *Modern Law Review* 2000, p. 502 e.v.
- Hendrikse/Jongbloed 2004
M.L. Hendrikse, A.W. Jongbloed, *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Kluwer: Deventer 2004
- Hennekens 2001
H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal*, Afscheidsrede KUN, Tjeenk Willink: Deventer 2001
- Hennekens en Michiels, RM Themis 2001
H.Ph.J.A.M. Hennekens en F.C.M.A. Michiels, Van Twee kanten: Gedogen, *RM Themis* 2001/8, p. 250 e.v.
- Hesselink 2004
M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, BJu: Den Haag 2004
- Van den Heuvel 2004
N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang*, diss. UvT, BJu: Den Haag 2004
- Hoekzema, NTBR 2003
J.W. Hoekzema, De plaats van de 'omkeringsregel' in het bewijsrecht, *NTBR* 2003, p. 232 e.v.
- Hofman 1997
J.A. Hofman, Toezicht op bestuursorganen, in A.J. Bok (e.a.) (red.), *Nieuw bestuursrecht: derde tranche Algemene wet bestuursrecht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1997, p. 279 e.v.
- Hol 1995
A.M. Hol, Preventie van criminaliteit en aansprakelijkheid van politie, in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Kluwer: Deventer 1995, p. 57 e.v.
- Honoré 1999
T. Honoré, *Responsibility and Fault*, Hart: Oxford 1999
- Hovens, Adv.bl. 2003
F.J.H. Hovens, Processueel balanslezen, *Adv.bl.* 2003, p. 552 e.v.
- Huygen, NJB 2004
A. Huygen, Waar blijven de juridische wetenschappers, *NJB* 2004, p. 174 e.v.
- Innovatie-Kanskaart 2003
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, *Innovatie-Kanskaart Toezicht en Handhaving*, Den Haag 2003

- Jaarverslag DNB 2002
De Nederlandsche Bank, *De Nederlandsche Bank Jaarverslag 2002*, Amsterdam 2003
- Jaarverslag RFT 2002
Raad van Financiële Toezichthouders, *Jaarverslag 2002 Raad van Financiële Toezichthouders*, Amsterdam 2003
- Jansen 1997
O.J.D.M.L. Jansen, Handhavingstoezicht, in: A.J. Bok (e.a.) (red.), *Nieuw bestuursrecht: derde tranche Algemene wet bestuursrecht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1997, p. 137 e.v.
- Jansen, NTBR 2001
C.H.M. Jansen, Recensies: C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, *NTBR* 2001/6, p. 295e.v.
- Jurgens 1996
G.T.M.J. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen*, diss. UU 1996, Tjeenk Willink: Zwolle 1996
- Jurgens, *NJB* 2000
G.T.M.J. Jurgens, Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen, *NJB* 2000, p. 1281
- Kennedy 1997
D. Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siecle}*, Harvard University Press: Cambridge 1997
- Klaasssen, *NJB* 2002
C.J.M. Klaasssen, Spreken is zilver, zwijgen is fout, *NJB* 2002, p. 1450 e.v.
- De Kluiver 1998
H.-J. de Kluiver, Overheidsstichting en overheidsaansprakelijkheid, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), *Overheid en onderneming*, Deventer 1998, p. 79 e.v.
- Koeman 2000
N.S.J. Koeman, De bestuurlijke boete in de financiële toezichtswetgeving, in: D.R. Doorenbos (red.), *Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving*, Deventer 2000, p. 13 e.v.
- Koetser 1992
M.B. Koetser, 'Belanghebbende' volgens de rechtsprekende Afdelingen van de Raad van State, in: M.B. Koetser (e.a.), *De belanghebbende. Preadvies VAR*, Alphen aan de Rijn 1992, p. 101 e.v.
- Koning 2000
P.J.M. Koning, Toezichthouder en het publiek, in: H.J. de Ru en J.A.F. Peters, *Toezicht en regulering van nieuwe markten*, Den Haag 2000, p. 93 e.v.
- Kortmann, *OUCLF* 2001
J. Kortmann, Liability for non-feasance; a comparative study, (2001) *Oxford University Comparative Law Forum* at <http://ouclf.iuscomp.org>
- Kortmann, *WPNR* 6566 (2004)
J.S. Kortmann, Nogmaals de verplichte medewerking aan een HIV-test, *WPNR* 6566 (2004), p. 135 e.v.

Kortmann c.s. 2001

S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann, L.P. Kortmann, Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken, in: P.P.T. Bovend'Eert (e.a.) (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Kluwer: Deventer 2001, p. 207 e.v.

Kortmann 2004

S.C.J.J. Kortmann, Het professioneel juridisch advies, in: *Het advies en de rol van de adviseur, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2004-I*, Kluwer: Deventer 2004, p. 199 e.v.

Kortmann/Janssen 1998

S.C.J.J. Kortmann & M.A.J.G. Janssen, Enkele aspecten van overheidstoezicht op verzekeraars, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), *Overheid en onderneming*, Deventer 1998, p. 103 e.v.

Koziol, ZEuP 2004

H. Koziol, Die 'Principles of European Tort Law' der 'European Group of Tort Law', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2004, p. 234 e.v.

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, diss. UU 2004, Kluwer: Deventer 2004

Landes & Posner, JLS 1978

W.M. Landes, R.A. Posner, Salvors, finders, good samaritans, and other rescuers: an economic study of law and altruism, *Journal of Legal Studies* 1978, p. 83 e.v.

Lastra/Shams 2001

R.M. Lastra, H. Shams, Public Accountability in the Financial Sector, in: E. Ferran & Ch.A.E. Goodhart (ed.), *Regulating Financial Services and Markets in the Twenty First Century*, Hart: Oxford 2001, p. 165 e.v.

Larenz 1987

K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. Beck: München 1987

Lawson 2001

R.A. Lawson, Een onaanzienlijk teken boven de rampzaligheid: over de potentiële betekenis van het EVRM voor, tijdens en na een ramp, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, BJu; Den Haag 2001, p. 279 e.v.

McLean, OJLS 1988

H. McLean, Negligent Regulatory Authorities and the Duty of Care, *Oxford Journal of Legal Studies* 1988, p. 442 e.v.

Levine, 100 Colum. L. Rev 1538 (2000)

J. R. Levine, Note: The Federal Tort Claims Act: A Proposal for Institutional Reform, 100 *Columbia Law Review* 1538 (2000)

Lindenbergh, WPNR 6580 (2004)

S.D. Lindenbergh, De betrekkelijkheid van de omkeringsregel, *WPNR* 6580 (2004), p. 433 e.v.

Lunney/Oliphant 2003

M. Lunney, K. Oliphant, *Tort Law. Text and Materials*, 2nd ed., Oxford University Press: Oxford 2003

Van Maanen, NJB 2004

G.E. van Maanen, Schadevergoeding en besluiten, *NJB* 2004, p. 787 e.v.

Van Maanen/De Lange 2000

G.E. van Maanen, R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, 3^e druk, Tjeenk Willink: Deventer 2000

Maeijer 1997

J.M.M. Maeijer, *Privatisering*, Tjeenk Willink: Deventer 1997

Van Male 1992

R.M. van Male, Enkele aspecten van het begrip belanghebbende in de Algemene wet bestuursrecht, in: M.B. Koetser (e.a.), *De belanghebbende. Preadvies VAR*, Alphen aan de Rijn 1992, p. 7 e.v.

Maris van Sandelingenambacht, RM Themis 2003

C.W. Maris van Sandelingenambacht, Culturele revolutie in het privaatrecht, *RM Themis* 2003, p. 254 e.v.

Markesinis/Deakin 1999

B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort Law*, 4th ed., Clarendon Press: Oxford 1999

Markesinis, LQR 1989

B.S. Markesinis, Negligence, nuisance, and affirmative duties of action, *Law Quarterly Review* 1989, p. 104 e.v.

Markesinis, CLJ 2000

B.S. Markesinis, Judicial style and judicial reasoning in England and Germany, *Cambridge Law Journal* 2000, p. 294 e.v.

Markesinis, FS Stoll 2001

B.S. Markesinis, Der wachsende Einfluß der Menschenrechte auf das englische Deliktsrecht, in: G. Hochloch (e.a.) (red.), *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Mohr Siebeck: Tübingen 2001, p. 279 e.v.

Mcivor, CLJ 2001

C. Mcivor, Liability in respect of the intoxicated, *Cambridge Law Journal* 2001, p. 109 e.v.

Meerburg 2004

D.C. Meerburg, De juridisch adviseur en bescherming van derden-beleggers, in: *Het advies en de rol van de adviseur, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2004-I*, Kluwer: Deventer 2004, p. 105 e.v.

Merrill, 38 Vand. L. Rev. 431 (1985)

I.W. Merrill, Landlord Liability for Crimes Committed by Third Parties Against Tenants on the Premises, 38 *Vanderbilt Law Review* 431 (1985)

Van der Meulen 2001

B.M.J. van der Meulen, Klagers onder de Mededingingswet, in: O.J.D.M.L. Jansen (e.a.) (red.), *Handhaving van de mededingingswet*, Kluwer: Deventer 2001, p. 13 e.v.

Van der Meulen 2003

B.M.J. van der Meulen, Marktautoriteiten, in: B.M.J. van der Meulen, A.T. Ottow, *Toezicht op markten. Preadviezen voor de VAR*, BJu: Den Haag 2003, p. 13 e.v.

Michiels 1994

F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van bestuursrecht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1994

Michiels van Kessenich-Hoogendam 1987

I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Aansprakelijkheid van banken*, Tjeenk Willink: Zwolle 1987

De Moor-van Vugt 2001A.J.C. de Moor-van Vugt, *Toezicht achter matglas*, Oratie KUB, BJu: Den Haag 2001

Mortelmans, NJB 2004

K.J.M. Mortelmans, Kroniek van het economisch publiekrecht, *NJB* 2004, p. 1637 e.v.

Münch.Komm (auteur) 1997

P. Ulmer (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5. Schuldrecht. Besondere Teil III (§§ 705-853)*, 3. Aufl., Beck: München 1997

Niehoff, 17 U. Mich.J.L. Ref. 99 (1983)

L.M. Niehoff, Note: Developing a victim's suit for injuries caused by a compulsorily released prisoner, 17 *University of Michigan Journal of Law Review* 99 (1983)

Oliphant 2003

K. Oliphant, England and Wales, in: H. Koziol, B.C. Steiniger (eds.), *European Tort Law 2002*, Springer: Wien 2003, p. 142 e.v.

Onrechtmatige Daad (bewerker)

C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige Daad*, Losbladige uitgave, Kluwer: Deventer Ossenbühl 1998

F. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 5e druk, München 1998

Page 2001

A. Page, Regulating the Regulator – A Lawyer's Perspective on Accountability and Control, in: E. Ferran & Ch.A.E. Goodhart (ed.), *Regulating Financial Services and Markets in the Twenty First Century*, Hart: Oxford 2001, p. 127 e.v.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA 1999, Kluwer: Deventer 1999

Du Perron 2002

C.E. du Perron, De aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen in Europees perspectief, in: D.C. Buijs (e.a.) (red.), *Mok-aria*, Kluwer: Deventer 2002, p. 223 e.v.

Polak, NJB 2001

J.M. Polak, De rapportages over de rampen van Enschede en Volendam, *NJB* 2001, p. 1649 e.v.

Polak/Versteden 2001

J.M. Polak, C.J.N. Versteden, *De Cafébrand in Volendam – een ramp om van te leren*, 2001

Polinsky 2003

A.M. Polinsky, *Principal-Agent Liability*, Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper 258, May 2003 (Chapter 15 in: *An Introduction to Law and Economics*, Third edition, 2003)

De Poorter, M&M 2000

J.C.A. de Poorter, De belanghebbende in het mededingingsrecht, *Markt & Mededinging* 2000/1, p. 36 e.v.

Proctor, JIBFL 2002

C. Proctor, Financial Regulators – Risks and Liabilities, (2002) 1 *Journal of International Banking and Finance Law* 15 en (2002) 2 *Journal of International Banking and Finance Law*, 71

Püttner, JZ 1982

G. Püttner, Von der Bankenaufsicht zur Staatsgarantie für Bankeinlagen?, *Juristenzeitung* 1982, p. 47 e.v.

Quintyn/Taylor 2003

M. Quintyn & M.W. Taylor, Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability, *CESifo Economic Studies*, Vol. 49, 2/2003, p. 259 e.v.

Radé, D. 1997

C. Radé, Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui, *Dalloz* 1997, Chron. 279.

Van den Reek 1997

W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, diss. KUB 1997

Restatement (2nd) of Torts

American Law Institute, *Restatement (second) of the Law of Torts*, ALI 1965

Van Rhee, RM Themis 2004

C.H. van Rhee, Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!, *RM Themis* 2004, p. 196 e.v.

Rietveld, School en wet 2002

J.J.W.M. Rietveld, Civielrechtelijke aansprakelijkheid in het onderwijs, *School en wet* 2002/4, p. 121 e.v.

Rogers 1998

W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 15th ed., Sweet & Maxwell: London 1998

Rogers 2003

W.V.H. Rogers, Tort Law and Human Rights: a New Experience, in: H. Koziol, B.C. Steiniger (eds.), *European Tort Law 2002*, Springer: Wien 2003, p. 35 e.v.

Van Rossum 2001

A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, Oratie UU, BJU: Den Haag 2001

- Van Schellen 1972
J. van Schellen, *Juridische causaliteit*, Kluwer: Deventer 1972
- Scheltema, TP 2000
M. Scheltema, Van toezichthouder tot regulator, *Tijdschrift Privatisering*, jaargang 7, nr. 6, p. 5 e.v.
- Scheltema/Scheltema 2003
M. Scheltema, M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2003
- Scheltema/Scheltema, NJB 2004
M. Scheltema, M.W. Scheltema, De verhouding tussen publiek- en privaatrecht, *NJB* 2004, p. 768 e.v.
- Schilder/Nuijts 2004
A. Schilder, W.H.J.M. Nuijts, Advies in vertrouwen; vertrouwen in advies, in: *Het advies en de rol van de adviseur, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2004-I*, Kluwer: Deventer 2004, p. 1 e.v.
- Von Schmidt auf Altenstadt, NJB 2003
P. von Schmidt auf Altenstadt, Ik ben dol op het gewone volk, *NJB* 2003, p. 1711 e.v.
- Schut 1963
G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. VU, Tjeenk Willink: Zwolle 1963
- Schut 1997
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, 5^e druk, Tjeenk Willink: Deventer 1997
- Schwark, JZ 1979
E. Schwark, Individualansprüche Privater aus wirtschaftsrechtlichen Gesetzen, *Juristenzeitung* 1979, p. 670 e.v.
- Van Setten 2004
Y. van Setten, *Toezicht en handhaving, hoofdstuk 5 Awb*, Kluwer: Deventer 2004
- Shavell 2004
S. Shavell, *Minimum Asset requirements and Compulsory Liability Insurance as Solution to the Judgment-proof Problem*, John M. Olin Discussion Paper Series No. 456, 02/2004, <http://ssrn.com/abstract=580721>
- Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. RuG 2000
- Sijben 2004
J.J. Sijben, *Monetaire en financiële stabiliteit: opnieuw bezien*, Afscheidsrede UvT 2004
- Smits 2000
J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, Oratie UM, Kluwer: Deventer 2000
- Smits 2003
J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*. Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 64, Kluwer: Deventer 2003

Smits/Luberti 1999

R. Smits & R. Luberti, Supervisory Liability: An introduction to Several Legal Systems and a Case Study, in: M. Giovanoli & G. Heinrich (eds.), *International Bank Insolvencies: A Central Bank Perspective*, Kluwer Law International: The Hague 1999

Snijders, NJB 2003

H.J. Snijders, They have a dream ... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging, *NJB* 2003, p. 1696 e.v.

Spencer, CLJ 2003

J.R. Spencer, Civil Liability for abus of the criminal process: downstream of Three Rivers, *Cambridge Law Journal* 2003, p. 543 e.v.

Spier 1996

J. Spier, A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1996, Deel I, Tjeenk Willink: Zwolle 1996

Spier/Bolt 1996

J. Spier, A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1996, Deel I, Tjeenk Willink: Zwolle 1996

Spier (auteur) 2003

J. Spier (e.a.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 3^e druk, Kluwer: Deventer 2003

Spier 2003

J. Spier, Après le déluge, in: T. Hartlief, S. Klosse (red), *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, BJU: Den Haag, 2003, p. 345 e.v.

Spier (Unification) 2003

J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International: The Hague 2003

Stolker, NJB 2003

C.J.J.M. Stolker, Ja, geléerd zijn jullie wel!, *NJB* 2003, p. 766 e.v.

Stolker, Levine & De Bel 2001

C.J.J.M. Stolker, D.I. Levine & C.L. de Bel, Defensive bureaucracy? Rampen, de overheid en de preventieve rol van het aansprakelijkheidsrecht, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, BJU: Den Haag 2001, p. 105 e.v.

Sugarman, 88 Cal. L. Rev. 2403 (2000)

S.D. Sugarman, A Century of Change in Personal Injury Law, 88 *California Law Review* 2403 (2000)

Sugarman, 50 UCLA Law Review 585 (2002)

S.D. Sugarman, Rethinking Tort Doctrine: Visions of a Restatement (Fourth) of Torts, 50 *University of California Los Angeles Law Review* 585 (2002)

Tak, NTBR 2004

A.Q.C. Tak, Recensies: M.W. Scheltema, M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, *NTBR* 2004, 24, p. 145 e.v.

- Terré/Simler/Lequette 1999
F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 7e éd., Dalloz: Paris 1999
- Tillema, NJB 2000
A.J.P. Tillema, Het toezicht op de financiële sector, *NJB* 2000, p. 1196 e.v.
- Tison 2003
M. Tison, *Challenging the Prudential Supervisor: Liability versus (Regulatory) Immunity*, Working Paper Series 2003-04, Financial Law Institute, Gent 2003
- Le Tourneau/Cadiet 1998
Ph. Le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, 2^e éd., Dalloz: Paris, 1998
- Tzankova/Weterings 2003
I.N. Tzankova, W.C.T. Weterings, *Preprocessuele afwikkeling van personenschade-claims*, BJU: Den Haag, 2003
- Verheij 2002
A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002
- Vermaat 2000
A.J. Vermaat, *Dynamisch toezicht*, Oratie UvA, Vossiuspers AUP: Amsterdam 2000
- Vermeer, JBplus 2001/2
F.R. Vermeer, De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen, *JBplus* 2001/2, p. 76 e.v.
- Verschuur 2003
A.M.E. Verschuur, *Vergoeding van zuivere vermogensschade van derden*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2003
- Viney/Jourdain 1998
G. Viney, P. Jourdain, *Traité de Droit Civil. Les Conditions de la Responsabilité*, 2^e éd., L.G.D.J.: Paris 1998
- Visscher, RdW 2002
L. Visscher, De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, *RdW* 2002, p. 59 e.v.
- Vranken, WPNR 6428 (2001)
J.B.M. Vranken, Argumenteren in het recht, *WPNR* 6428 (2001), p. 14 e.v.
- Vranken 2003
J.B.M. Vranken, *Springen met lemen voeten*. Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, 2003
- Vranken, WPNR 6560 (2004)
J.B.M. Vranken, Niets in het recht is blijvend, behalve verandering, *WPNR* 6560 (2004), p. 1 e.v.
- Vranken/Giesen 2003
J.B.M. Vranken & I. Giesen, Inleiding en verantwoording, in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*, BJU: Den Haag 2003, p. 1-14

- Vranken/Giesen 2004
J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek*, BJu: Den Haag 2004
- Weinrib, 90 Yale LJ 247 (1980-1981)
E.J. Weinrib, The Case for a Duty to Rescue, 90 *Yale Law Journal* 247 (1980-1981), p. 247 e.v.
- Wessels, IIR 1996
B. Wessels, Liabilities of Regulatory Supervisory Bodies of Troubled Financial Institutions (Insurance, Banking) in the Netherlands, *International Insolvency Review*, Vol. 5, 1996, no. 2, p. 125 e.v.
- Weterings 2004
W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, diss. UvT 2004
- Whincup, NLJ 1994
M. Whincup, Liability of regulatory agencies, *New Law Journal* 1994, p. 23 e.v.
- Wissink, SEW 2002
M.H. Wissink, Staatsaansprakelijkheid voor falend banktoezicht; het oordeel van het House of Lords in de Three Rivers-zaak, *SEW* 2002, p. 93 e.v.
- Widmer 2002
P. Widmer, Swiss Tort Law also is European Tort Law, in M. Faure (e.a.) (red.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Intersentia: Antwerpen, 2002
- Van der Wiel 2004
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Kluwer: Deventer 2004
- Van Wijk/Konijnenbelt/Van Marle 2002
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 12^e druk, Elsevier: Den Haag 2002
- Wolfsbergen 1946
A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Universitaire Pers Leiden: Leiden 1946
- Wright, OJLS 1998
J. Wright, Local Authorities, the Duty of Care and the European Convention on Human Rights, *Oxford Journal of Legal Studies* 1998, p. 1 e.v.
- Wynant, RW 2003-2004
L. Wynant, De aansprakelijkheid van overheidstoezichthouders, *Rechtskundig Weekblad* 2003-2004, p. 1563 e.v.

Trefwoordenregister

(Verwezen wordt naar hoofdstuk- en/of paragraafnummers; alleen de belangrijkste vindplaatsen worden genoemd)

A

aangepaste zorgvuldigheidsnorm: *zie* maatstaf

aansprakelijkheid: *zie* afgeleide aansprakelijkheid, argumenten, beperking, beroepsaansprakelijkheid, grondslag, hoofdelijke aansprakelijkheid, Kelderluik-factoren, kwalitatieve aansprakelijkheid, invulling, proportionele aansprakelijkheid, redelijk handelend toezichthouder, risicoaansprakelijkheid, schuldaansprakelijkheid, systeem, toezichtsfalen, uitsluiting, vorm en zorgvuldigheid(snorm)

aanvullende stelplicht | XII.3

accountability | IX.2.12, 3.1

advies | VII.3.1

advocatuur | IX.2.8

afdeling 6.1.10 BW | VII.2.1

affirmative duty | IV.3.3

afgeleide aansprakelijkheid | I.2.3; III.3.1; VIII.2.3.9; IX.2.1, 2.5, 3.1; X.3.4

afgeleide verantwoordelijkheid: *zie* afgeleide aansprakelijkheid

afhankelijkheid(srelaties) | IV.3.2; IX.2.12

algemeen levensrisico | VIII.2.3.6

algemeen toezicht(sfalen): *zie* toezichtsfalen

alternatieve geschilbeslechting | XII.1

argumentatieve rechtsvergelijking | I.3.1, 3.2

argumenten (voor en tegen aansprakelijkheid) | IV.1, 3.7; V.4.2; VI.2.2; IX; XI.3.2; XII.3.1; XIII.4

Amtshaftung | XI.3.4

Awb | V.2

B

baten van toezicht | I.1.3; IX.2.10

beginselen van behoorlijk toezicht | VII.3.2; VIII.2.4.3

beginselplicht tot handhaving | V.3.3; VIII.2.2.3; IX.2.3

belanghebbende | V.3.2; V.3.3
zie ook: derde belanghebbende

belang van toezicht | I.1.1

beleidsvrijheid | II.2.2; IV.3.7; V.4; VIII.2.2.2; IX.2.11, 3.1; XIII.3.3

beperking (van aansprakelijkheid) | III.3.2; VI.2.3

beroepsaansprakelijkheid | VII.2.1, 3.1; VIII.2.4.3; XII.3.2

beroepsbeoefenaren: *zie* beroepsaansprakelijkheid

beroepsgeheim | VIII.2.3.4

besluit | V.3.2; VII.3.2

besluit van de benadeelde | X.3.2

bestuursorgaan | V.3.2

bestuursrecht | I.2.5; V

bevoegdheid | V.2; VIII.2.2.3, 2.3.10

bewijs | VII.2.2.2

bewijslastomkering: *zie* bewijslast

bewijslast(verdeling) | XII.3; XIII.3.3

bewijsrisico: *zie* bewijslast

C

case manager | XII.2

causaal verband | I.2.10; X.3.1, 3.2; XII.3.3

causaliteit van het nalaten: *zie* causaal verband

cheapest cost avoider | III.2

chilling effect (van aansprakelijkheid) | IX.2.7
 claimcultuur | IX.2.1, 2.12; XIII.4
 collectieve afwikkeling | V.3.4; XII.4.2
 compensatie | VII.2.2.1; IX.2.1, 2.9, 3.1; XIII.3.2, 3.3
 concreet toezicht(sfalen): *zie* toezichtsfalen
condicio sine qua non: *zie* causaal verband
 contractuele relatie | VII.2.1; VII.3.2
 controle | II.2.5; IV.3.2; VII.2.2.1, 2.2.2; VIII.2.2.3, 2.3.10, 2.4.2; XI.3.1

D

deep pocket | IX.2.1
defensive conduct | IV.2, 3.7; IX.2.1, 2.8, 2.12, 3.1; XI.3.2; XIII.3.3
 defensief toezicht: *zie* defensive conduct
 defensive supervision: *zie* defensive conduct
depositors | XI.3.6
 derde belanghebbende | V.3.2, 3.3
 zie ook: belanghebbende
 dienstverlener | I.1.1, 2.2; VII.3.1, 3.2
discretionary function | XI.3.5
 doelen van toezicht | II.3
 doorberekenen | XI.2.2
 doorwerking | VI.2.3
duty (of care) | I.2.4; IV.3.2; VI.2.1, 2.2; VIII.2.3.3; XI.3.1

E

effectiviteit (van de zorgvuldigheidsnorm) | XII.3.3.2, 3.3.3
 eigen risico | XI.2.1; 2.5
 eigen schuld | X.4
 eigen verantwoordelijkheid | X.4.3, 4.4
 Enschede | V.3.3; X.2
 Europees privaatrecht | IV.3.8
 EVRM | IV.3.9; V.3.4, 4.3; VIII.2.3.9; XI.2.3, 3.1; XII.4.2
 exhibitieplicht | XII.2
 exoneratieclausules | I.1.3

F

fait d'autrui | VII.2.1.1; VIII.2.3
faute | IV.3.4; VIII.2.3.2, 2.3.3; XI.3.3
 financieel toezicht | V.3.2; VII.3.1; VIII.2.3.10; XI.2.2, 3

financiële toezichthouders: *zie* financieel toezicht
floodgates | IV.2, 3.7; IX.2.1, 2.7, 3.1; X.2; XI.2.2, 3.2, 3.6; XIII.3.3
 formele rechtskracht | V.3
 foutaansprakelijkheid: *zie* schuldaansprakelijkheid
 fraude | VIII.1; X.4.3
 fundamentele herbezinning | XII.2

G

garantieregeling | XI.3.6
gatekeepers | I.2.2; XIII.3.2
 gebouwen, paden en wegen | IV.3.3; VIII.2.3.5
 gedogen | VIII.2.2.3; IX.2.3
 geheimhoudingsplicht | IV.3.3; VIII.2.3.4
 gevangnissen | IV.3.2, 3.9; VIII.2.3.9
 grondslag (voor de zorgvuldigheidsnorm) | I.2.7; VII

H

handhaving(splacht) | V.3.2; VIII.2.2.3
 zie ook: beginselplicht tot handhaving
 herroeping | XII.2
 hoofdelijke aansprakelijkheid | III.2

I

immunititeit | VIII.2.3.10; IX.2.5; XI.2.1, 2.3, 2.5.3; XIII.3.3
 individuele vrijheid: *zie* vrije wil
 informatie | IX.2.6
 informatieplichten | VIII.2.4.5; XII.2
 informatietekort | XII.2.3
 inlichtingenplicht | XII.2
 inspectiedienst | VI.2.1
 invulling (van de zorgvuldigheidsnorm) | I.2.8; VIII; XIII.3.3

J

jetblast | IV.3.6; VIII.2.3.5
judgement-proof | IX.2.2

K

Kelderluik-afweging: *zie* Kelderluik-factoren

Kelderluik-factoren | IV.3.7, 5; VIII.2.2.2, 2.3.4, 2.3.6, 2.3.10, 2.4, 3.1; IX.2.10, 3.1; XI.2.5; XII.3.2; XIII.3.3
 Kelderluik-norm: *zie* Kelderluik-factoren
 kosten | I.1.3; IV.3.7; IX.2.10, 3.1; XI.2.2, 2.4
 kwalitatieve aansprakelijkheid | I.1.3

L

limitering | XI.2.1

M

maatstaf | VII.3.1; VIII.2.2.2, 2.3.5, 2.3.9, 2.4.5; XIII.3.3
 marginale toetsing | V.4; VIII.2.2.2, 2.3.8; IX.2.11
 massaschade | V.3.4; XII.4
 matigingsrecht | III.3.2.3
 mededelingsplichten | XII.2
 mededingingsrecht | II.4
 meervoudige causaliteit: *zie* causaal verband
 meta-toezicht | I.1.1; IX.2.10, 2.12
misfeasance in a public office | VIII.2.3.8; XI.3.1
 model voor toezicht | II.2.3
moral hazard | IX.2.5; XI.3.2

N

nalaten | I.2.4; IV; IX.2.1, 2.5, 3.1; X.3.2
 natuurgebied | IV.3.6
negligence | IV.3.2, 3.3; XI.3.1, 3.2
 nutsbedrijven | VIII.2.3.7, 2.4.3

O

observatieplicht | VIII.2.4.5
omission bias | IV.4
omissions | IV.3.2
 omkering van de bewijslast: *zie* bewijslast 'omkeringsregel' | XII.3.3.1, 3.3.3
 onderzoeksplicht | VIII.2.4.5
 onderhoudsplicht | VIII.2.4.5
 onderzoeksresultaten | XIII.2
 onrechtmatige daad | II.2.4; VII.2.1, 3.2
 onroerende zaak | IV.3.2, 3.6
 onverzekerbaarheid | IX.2.8
 overeenkomst(en) | I.1.3; VII.2.1

overheid | I.2.2; II.2.2; II.2.5; III.3.2.2; IV.3.7, 3.8; V; VIII.2.3.1; IX.2.3, 2.10, 2.11, 2.12; XI.2.3; XIII.3.3
 overheidstoezicht | V.5; X.2
 ouders | I.1.3; II.2.2; VII.2.2.2; VIII.2.3.9, 2.4.2; IX.2.5; XII.3.2

P

partij-autonomie | XII.2
peripheral tortfeasors | I.1.1, 2.4; III.2; IX.2.1
 persoonlijke vrijheid: *zie* vrije wil
 plicht tot handelen | IV.3, 5
 politie | IV.3.2, 3.6; VIII.2.1, 2.2.3, 2.3.8
 preventie | II.3; II.4; III.2, 3.1, 3.2.2; IV.3.7, 5; IX.2.2, 3.1; X.4.3; XI.2.3, 2.5; XIII.3.2, 3.3
 preventieve werking (van het aansprakelijkheidsrecht): *zie* preventie
 primaire dader | II.2.3; III.2; IX.2.2
 private regelgeving: *zie* zelfregulering
 privatisering | I.1.1
 procedurele normering | XII.4.2
 proces van toezicht | II.2.2; IX.2.12
 procesrecht | XII; XIII.3.3
 profijtbeginsel | XI.2.2
 proportionele aansprakelijkheid | X.3.3
 protocol | XII.3.3.1
 psychiatrische patiënten/instellingen | II.2.3; IV.3.5; VIII.2.3.4, 3.1; IX.2.10; XII.3.3.3
 publiek belang | VII.3.2
 publiekrechtelijke grondslag | VII.3.2
 publiekrechtelijke status | X.2

R

rampen | III.3.2.2; IX.2.12
 ratio (van toezicht) | II.3, 4; IX.2.4, 3.1; X.4.3; XI.2.2; XII.3.3.2, 3.3.3; XIII.3.3
 rechtmatige daad | VIII.2.3.9
 rechtsvinding(sproces) | I.3.2
 rechtvaardiging voor de 'omkeringsregel' | XII.3.3
 recreatie | VIII.2.3.6
 redelijk handelend toezichthouder | I.2.7; VII.2.1, 3; VIII.2.2.2, 4.1; XIII.3.3
 regel
 reorganisator | X.4.3

relativiteit(svereiste) | V.3.2; X.2
 reputatie | IX.2.2; XI.2.5
 risicoaansprakelijkheid | I.2.7, 3.2;
 III.3.3.2; IV.3.4; VII.2.1; VIII.2.3.9;
 IX.2.10; XIII.3.1, 3.3
 rugbyvereniging | VIII.2.3.3

S

samenhang tussen rechtsverhoudingen
 | I.2.6; VI
 sancties | VII.3.2; XII.2
 scholen | I.3.1; II.2.2; IV.3.2; VIII.2.3.2;
 IX.2.10
 schuldaansprakelijkheid | I.3.2; VIII.2.4.5,
 3.2; IX.3.1; XI.2.5; XIII.3.1, 3.3
 schuldvereiste | IX.3.2
 secundaire dader | III.2, 3.2.3; IX.2.1
 slachtofferbescherming | II.4; IX.2.9
 solidariteit | I.3.2; IX.2.10
 soorten toezicht/toezichthouders | I.1.4;
 II.2.2, 3
zie ook: financieel toezicht
 speciale relatie | IV.3.6; IX.2.5
 spoorwegmaatschappij | VIII.2.3.5
 sportverenigingen | VII.2.2.1; VIII.2.3.3
 spreiding van schade | VIII.2.3.9; IX.2.10,
 3.1; XI.2.2; XIII.3.3
 stille curator | VIII.3.1
 structurele bewijsnood | XII.3.2; XIII.3.3
 subsidiariteit | III.3.2.2; XIII.3.3
 subsidiaire aansprakelijkheid: *zie* subsidiari-
 teit
 systeem (van het aansprakelijkheidsrecht)
 | XIII.3

T

taken van een toezichthouder | II.2.2;
 VIII.2.2.1, 2.3.10; IX.2.4
 TBS(-klinieken) | VII.3.1; VIII.2.3.4,
 2.3.9; IX.2.10
 terughoudendheid | III.3.1; IV; V.4.2;
 VIII.2.3.10; IX.2.5, 2.11, 3.1; XI.2.5;
 XIII.3.3
 therapeuten | VII.2.2.1; VIII.2.3.4
 toekomst | XIII.4
 toerekenbare tekortkoming | VII.2.1
zie ook: wanprestatie
 toerekening | X.3.4

toezicht: *zie* belang van toezicht, bestuurs-
 recht, doelen van toezicht, financieel
 toezicht, model voor toezicht, over-
 heidstoezicht, proces van toezicht, ratio,
 soorten toezicht/toezichthouders, wat is
 toezicht, toezichtsfalen en toezichts-
 verzuim
 toezichthouder | I.2.2; II.2.5; V.2;
 VIII.2.4.1
zie ook: financiële toezichthouders,
 redelijk handelend toezichthouder,
 taken van een toezichthouder
 toezichthouderdilemma | I.2.8; VIII.2.3.4,
 2.4.3, 3; XIII.3.3
 toezichtsfalen | II.2.2; IV.3.6; V.4.3;
 VII.2.1; VIII.2; IX.2.2, 2.11; X.2;
 XI.2.2
 toezichtsverzuim: *zie* toezichtsfalen
 toezichtsrelaties | II.2.4
 typen van toezicht: *zie* soorten toezicht/toe-
 zichthouders

U

uitsluiting (van aansprakelijkheid) | III.3.1;
 VI.2.2, 2.3; X.3.4

V

vaststellingsovereenkomst | XII.4.2
 veiligheidsmaatregelen | IV.3.3
 verlies van een kans | X.3.3
 vermoeden | XII.3.2, 3.3
 vertrouwen | II.3, 4; IV.3.5; VIII.2.2.3;
 IX.2.3, 3.1; X.2; XI.2.2, 2.3, 3.2;
 XIII.3.3
 vertrouwensbescherming: *zie* vertrouwen
 verwezenlijking van de materiële norm
 | XII.3.2, 3.3.2; XIII.3.3
 verzekering | VI.2.1; VIII.2.3.9; IX.2.10;
 XI.2.1, XIII.4
 verzwaarde motiveringsplicht: *zie* aan-
 vullende stelplicht
 voetbalclub | IV.3.4
 voorwaarde (voor aansprakelijkheid)
 | IX.3.2
 voorzienbaarheid | IV.3.2, 3.7, 3.9;
 VIII.2.1, 2.2.2, 2.3, 2.4.3; X.3.4, 4
 vorm (van aansprakelijkheid) | XIII.3

vrije wil | IV.2, 3.7, 5; IX.2.6, 3.1
vrijwaring | XI.2, 4

W

waardering (van de argumenten) | IX.3
waarheidsplicht | XII.2
waarschijnlijkheid | VIII.2.3.6; XII.3.3.2
waarschuwing(splicht) | IV.3.6; VIII.2.3.4,
2.3.5, 2.4.5
wanprestatie | II.2.4; VII.3.2
wat is toezicht | I.2.2; II.2.2; IX.2.6
waterschappen | IV.3.6; VIII.2.2, 2.3.7
wegbeheerder | VIII.2.4.3, 2.4.4

Z

zelfmoord | X.4.2
zelfregulering | I.1.3; IX.2.12; XII.3.3.1
zelfstandig verwijt | III.3.1; IX.2.2, 2.4
ziekenhuis | IV.3.6
zijdellingse laedens: *zie* secundaire dader
zorgplicht | VIII.2.3.4, 2.4.5
zorgvuldigheid(snorm) | V.3.4, 4.2;
VIII.2.4.5; IX.3.2; X.2; XII.3.2, 3.3.1
zie ook: bewijslast(verdeling), effectiviteit, grondslag, invulling en maatstaf
zuiver nalaten | IV.2, 3
zie ook: nalaten
zuivere vermogensschade | IX.2.2, 2.12;
X.2, 3.4

RECHT EN PRAKTIJK

Onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

1. Bedrijfsopvolging in de middenstand
2. Bedrijfsopvolging in de landbouw
3. Opvolging in het vrije beroep
4. Familierechtelijke betrekkingen
5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand
6. Bouw- en woningrecht
- 6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed
- 6b. Huurrecht bedrijfsruimten
- 6c. Huurprijzenwet woonruimten
- 7a. Zekerheidsrechten (hypotheek)
- 7b. Zekerheidsrechten (zekerheidsoverdracht pand en borgtocht)
8. Wet op het consumentenkrediet
9. De Kamers van Koophandel in de praktijk
- 10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)
- 10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)
11. Het nieuwe merkenrecht
12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)
13. Burenrecht en erfdiensbaarheid
14. Kansspelen en cadeau-acties
15. Collectief ontslag
16. Schade- en sommenverzekeringsrecht
17. De gerechtsdeurwaarder
18. De surseance van betaling en het akkoord
19. Bestemmingsplan en privaatrecht
20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht
21. Handleiding bij scheiding
22. Onteigening
23. BV en NV
24. Vergoeding van verkeersschade
25. Het Nieuwe Verenigingsrecht
26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad
27. Consumentenrecht
28. De handelsnaam
29. Kringen van belanghebbenden
30. Handleiding Hinderwet
31. Pacht
32. De directeur, bestuurder en werknemer
33. Vervoerrecht
34. Huurbescherming bij woonruimte. Verkenningen
35. Kopers en economische eigenaars van onroerend goed
36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van producten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het nieuwe arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands internationaal privaatrecht
48. De commanditaire vennootschap in de actuele praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering, in het bijzonder achtergestelde lening
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW
57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed
59. Kadaster, openbare registers en derden-bescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en EDI
69. Bevrijdende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve acties in het privaatrecht
82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surseance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten
92. Contracteren in de internationale praktijk/Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering van roerende zaken door middel van een zakenrechtelijk waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made-grondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag
102. Contracteren in de internationale praktijk/Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering
106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement
108. Handboek handelsregister
109. De commissionair in effecten
110. Schade en loss occurrence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhoudingen tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid